

Die Anwendbarkeit der §§ 320 - 327 BGB
im Arbeitsvertragsrecht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

ANNEDORE SCHOETZAU

1960



Zentral-Verlag für Dissertationen Triltsch Düsseldorf



Digitized by the Internet Archive
in 2026



Die Anwendbarkeit der §§ 320 - 327 BGB
im Arbeitsvertragsrecht.

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München

vorgelegt von

Annedore Schoetzau

1960

Referent: Professor Dr. Dr. Alfred Hueck, München

Correferent: Professor Dr. Rolf Dietz, München

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juli 1960.

Inhaltsverzeichnis.

- § 1. Die Geschichte des Arbeitsvertrags.
- § 2. Die Rechtsnatur des Arbeitsvertrags.
- § 3. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.
- § 4. Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags.
- § 5. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im Prozess.
- § 6. Die Suspendierung der Vorleistungspflicht bei Vermögensverschlechterung der anderen Partei.
- § 7. Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung der Arbeitsleistung.
- § 8. Nachträgliches, von keiner Partei zu vertretendes Unmöglichwerden der Arbeitsleistung.
- § 9. Nachträgliche, vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung.
- § 10. Während des Annahmeverzugs des Arbeitgebers eintretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung.
- § 11. Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei zu vertretender Unmöglichkeit und Verzug.
- § 12. Nachträgliche, vom Arbeitnehmer zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung.
- § 13. Nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Lohnzahlung.
- § 14. Leistungsverzug der Arbeitsvertragsparteien.

Literaturverzeichnis.

I.

- Otto von Gierke: Deutsches Privatrecht III. Band
Schuldrecht 1917.
- Lotmar: Der Arbeitsvertrag I. Band 1902
und II. Band 1908.
- Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht 1923.
- Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung
der nationalen Arbeit 1935.
- Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag 1903.
- Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts 2. Auf-
lage 1927.

II.

- J. Capodistrias: Die Zurückbehaltung der Arbeitslei-
stung in RdA 1954 S. 53 ff.
- Citron-Hessel: Grundlage des Einzelarbeitsrechts
1949.
- Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen
Rechts 14. Bearbeitung 1952.
- Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse 14.
Bearbeitung 1954.
- Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts I. Band
6. Auflage 1955.
- Hueck: Das Recht der OHG 2. Auflage 1951.
- Hueck: Der Sukzessivlieferungsvertrag.
- Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht 5. Auflage 1957 und
4. Auflage 1932.
- Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts I. Band
Allgemeiner Teil 1953, II. Band
Besonderer Teil 3. Auflage 1959.
- Maus: Das Deutsche Arbeits- und Sozial-
recht I. Band 1948.
- Maus: Handbuch des Arbeitsrechts (Lose-
blattsammlung.).

- Nikisch: Arbeitsrecht I. Band 2. Auflage 1955.
- Nikisch: Dienstpflicht und Arbeitspflicht in der Festschrift für Nipperdey 1955 S. 65 ff.
- Nikisch: Das Arbeitsverhältnis im Betriebe 2. Auflage 1944.
- Nikisch: Der Anstellungsvertrag in Jherings Jahrbüchern 80 S. 1 ff.
- Schnorr von Carolsfeld: Arbeitsrecht 2. Auflage 1954.

III.

- Palandt: Kommentar zum BGB 18. Auflage.
- J. v. Staudinger: Kommentar zum BGB
Recht der Schuldverhältnisse
I. Teil §§ 241 - 432, bearbeitet von Werner 9. Auflage 1930.
Recht der Schuldverhältnisse
III. Teil §§ 611 - 704, bearbeitet von Nipperdey-Mohnen-Neumann-Riedel 11. Auflage 1958.

Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern:

- I. Band: Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse (allgemeiner Teil) §§ 1 - 432 10. Auflage 1953.
- II. Band: Recht der Schuldverhältnisse (einzelne Schuldverhältnisse) §§ 433 - 853 11. Auflage 1959.

§ 1. Die Geschichte des Arbeitsvertrags¹⁾.

I.

Der Dienstvertrag hatte im römischen Recht nur geringe Bedeutung. Denn die meisten Arbeiten wurden von Sklaven verrichtet, mit denen kein Dienstvertrag abgeschlossen wurde, sondern die Rechtsobjekte waren, über die dem Herrn als Eigentümer die Verfügungsmacht zustand. Sie wurden rechtlich wie Sachen behandelt und konnten daher auf Grund eines Mietvertrags (*locatio conductio rei*) ge- bzw. vermietet werden.

Die *locatio conductio operarum* (= Dienstmiete), durch die sich ein selbständiges Rechtssubjekt einem anderen zur entgeltlichen Arbeitsleistung verpflichtete, hat - wie schon der Name zeigt - ihren Ausgang von der als Sachmiete konstruierten Sklavenmiete genommen. Man betrachtete den Dienstvertrag als Miete des Dienstverpflichteten. Deshalb konnten Gegenstand der *locatio conductio operarum* nur *operae illiberales* (d.h. solche Dienste, die gewöhnlich von Unfreien geleistet wurden) sein.

Als Unterfall der *locatio conductio* war der römisch-rechtliche Dienstvertrag ein Konsensualvertrag, der sich infolge der nahen Verwandtschaft mit der Sachmiete in rein vermögensrechtlichen Wirkungen erschöpfte. Irgendwelche personenrechtlichen Elemente wies die *locatio conductio operarum* nicht auf. Der Dienstherr hatte zwar unbeschränkte Befehlsgewalt; ihr entsprach aber keinerlei Fürsorgepflicht.

1) Vgl. hierzu insbesondere O.v.Gierke III S. 593 ff.; Hueck-Nipperdey I S. 145 ff.; Nikisch: Der Anstellungsvertrag in Jherings Jahrb. 80, 20 ff.

Da im folgenden zunächst nur vom Dienstvertrag die Rede ist, muß schon an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß der arbeitsrechtliche Arbeitsvertrag, der erst nach dem ersten Weltkrieg eine eigene Entwicklung genommen hat, eine Unterart des Dienstvertrags im Sinne des BGB ist.

Neben der locatio conductio operarum kannte das römische Recht noch die locatio conductio operis und das mandatum. Während die locatio conductio operis unserem heutigen Werkvertrag entspricht, hatte das mandatum ursprünglich nur die unentgeltliche Arbeitsleistung zum Inhalt. Daher bildeten nur höhere, des freien Mannes würdige Dienste, die sogenannten operae liberales (= Dienste höherer Art, insbesondere die geistigen Arbeitsleistungen) den Gegenstand des mandatum. Denn für operae liberales wurde auf Grund der älteren römischen Auffassung ein Entgelt nicht vereinbart, weil es als unanständig galt, sich für freie geistige Arbeit bezahlen zu lassen. - Erst in der Kaiserzeit wurde es zulässig, sich für derartige Dienste ein Honorar versprechen zu lassen, das schließlich auch im Wege der extraordinaria cognitio einklagbar wurde.

II.

Vollkommen anders war die Entwicklung im deutschen Recht. 1.) Die Funktionen eines Dienstvertrags erfüllte hier zunächst der Treuedienstvertrag, der auf Herstellung eines dauernden, die Person als solche ergreifenden Bandes und nicht auf einzelne Leistungen gerichtet war. Er kam ursprünglich nur als Vertrag des Gefolgsmannen mit dem Gefolgsherrn vor. Seit der fränkischen Zeit begegnet er aber in vielfacher Ausgestaltung.

Durch den Treuedienstvertrag begab sich der Gefolgsmann in fremde Munt, behielt sich aber seine Freiheit vor. Der Gefolgsherr versprach ihm dafür dauernden Schutz und Fürsorge. Damit entstand ein personenrechtliches Verhältnis zwischen rechtlich Freien. Erst hieraus ergaben sich eine Reihe weiterer gegenseitiger Rechte und Pflichten (wie z.B. die Dienstleistungspflicht), die in ihrer Gesamtheit von dem Grundsatz gegenseitiger Treue als oberster Vertragspflicht durchdrungen waren. Der Treuedienstvertrag war also personenrechtlicher Vertrag, bei dem die wesentlichen Bestandteile eines jeden Dienstvertrags, die Verpflichtung zur Leistung von Arbeit und die zur Zahlung

des Lohnes, nur von zweitrangiger Bedeutung waren.

2.) Seit dem 13. Jahrhundert vollzog sich eine Wandlung. Es entstand der deutschrechtliche Dienstvertrag als Schuldvertrag mit personenrechtlichen Wirkungen. Wieweit der Treuedienstvertrag hier den Ausgangspunkt gebildet hat, ist bestritten. Im Vordergrund stand jedenfalls nicht mehr das persönliche Treueverhältnis mit der alles beherrschenden Treuepflicht, sondern das Versprechen von Dienstleistung und das Gegenversprechen von Entgelt. Der personenrechtliche Einschlag spielte auch jetzt noch eine erhebliche Rolle und war keineswegs ausgeschaltet. " Die personenrechtliche Über- und Unterordnung war aber nicht mehr Grund, sondern Folge des Dienstverhältnisses und trat nur ein, weil und soweit das Dienstverhältnis es mit sich brachte "1).

3.) Zunächst bildeten sich zwei Arten des Dienstvertrags heraus; der Gesindevertrag und der gewerbliche Arbeitsvertrag.

Der Abschluß eines Gesindevertrags hatte in der Regel die Aufnahme des Dienstverpflichteten in die Hausgemeinschaft seines Dienstherrn zur Folge. Damit verbunden war die Unterwerfung des Dienstverpflichteten unter die hausherrliche Gewalt, die dem Dienstberechtigten sogar ein Züchtigungsrecht gab. Trotz dieses engen persönlichen Verhältnisses unter den Beteiligten war aber wesentlicher Inhalt des Gesindevertrags die Verpflichtung zur Leistung von Diensten auf der einen Seite und die Lohnzahlungspflicht verbunden mit einer Fürsorgepflicht auf der anderen Seite.

Der gewerbliche Arbeitsvertrag, der als Lehr- und Gesellenvertrag hauptsächlich in den Städten vorkam, hatte zunächst ebenfalls die Aufnahme in die Hausgemeinschaft zur Folge, wurde aber später davon unabhängig.

Daneben entwickelten sich mit der Zeit noch weitere Ver-

1) Vgl. O.v.Gierke III S. 594.

träge, wie die der Handlungsgehilfen, Seeleute, Bergleute usw. Auch bei ihnen stand die Verpflichtung zur Dienstleistung, die durch das Versprechen einer Vergütung als Gegenleistung bedingt wurde, im Vordergrund. Auch hier entstand aber gleichzeitig das personenrechtliche Verhältnis zwischen den Parteien, das für den deutschrechtlichen Dienstvertrag kennzeichnend war.

III.

Mit der Rezeption wurde zwar von der Theorie der römisch-rechtliche Begriff der locatio conductio operarum aufgenommen und die Dienstmiete mit der Werk- und Sachmiete verkoppelt. In der Praxis traten dadurch aber keine großen Änderungen ein. Denn das deutsche Dienstvertragsrecht erhielt sich in zahlreichen Sonderrechten, die für fast alle wichtigeren Berufe ausgebildet worden waren und dem gemeinen Recht vorgingen. Besonders das personenrechtliche Element des deutschrechtlichen Dienstvertrags blieb in den Sonderregelungen, die partikularrechtlich fortgebildet wurden, erhalten.

Im Gegensatz zum Code civil von 1804, der die Arbeitsverträge der Miete zuwies, gingen die deutschen Gesetzbücher nicht vom gemeinrechtlichen Begriff des Dienstvertrags (= Dienstmiete) aus. Das preußische ALR von 1794 z.B. regelte den Dienstvertrag unter der allgemeinen Überschrift " Verträge über Handlungen " und ging dabei vom Gattungsbegriff des entgeltlichen Arbeitsvertrags aus. Es enthielt aber nur wenige allgemeine Vorschriften, die für alle Arbeitsverträge Geltung hatten.

IV.

Die Epoche des wirtschaftlichen Liberalismus verbunden mit der Einführung der Gewerbefreiheit führte im 19. Jahrhundert zum freien Arbeitsvertrage zwischen rechtlich gleichgestellten Personen. Die individualistische Tendenz dieser Zeit überließ den Arbeitsvertrag der freien Einzelverein-

barung. Er wurde vorübergehend als rein vermögensrechtlicher, gegenseitiger Austauschvertrag ohne jede persönliche Bindungen der Arbeitsvertragsparteien aufgefaßt. Die bedenklichen Folgen und Mißstände, die diese Auffassung vom Arbeitsvertrag jedoch im Rahmen der modernen industriellen Entwicklung hatte,¹⁾ führten dazu, daß der Gesetzgeber eingreifen mußte und das Dienstvertragsrecht im Geiste des deutschen Rechts neu ordnete. Die Vertragsfreiheit wurde durch öffentlich rechtliche Arbeiterschutzzvorschriften, wie auch durch zwingende Vorschriften des Dienstvertragsrechts eingeschränkt. Daneben kam es zu ersten kollektiven Regelungen der Arbeitsbedingungen.

V.

Das BGB hat den Dienstvertrag zwar mitten im Schuldrecht neben den rein vermögensrechtlichen Austauschverträgen wie Kauf-, Miet-, Pacht- und Werkvertrag geregelt, jedoch in Anlehnung an das Dienstvertragsrecht des deutschen Mittelalters. Aus dem mittelalterlichen Recht hat es vor allen Dingen die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber dem Dienstverpflichteten übernommen (§§ 616, 617, 618 BGB) und den Dienstvertrag insoweit mit personenrechtlichen Wirkungen ausgestaltet. Dennoch erblickte es im Dienstvertrag in erster Linie einen schuldrechtlichen Austauschvertrag: Der Arbeitnehmer verpflichtet sich zur Leistung von Diensten, der Arbeitgeber verspricht dafür eine Vergütung.

Da die Regelung des BGB über den Dienstvertrag sehr dürftig war, blieben die Sonderregelungen, die insbesondere für die Arbeitsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter und

1) Vgl. hierzu Franz Neumann in RdA 1951, 2: " Es ist das Verdienst des Liberalismus, den Arbeitsvertrag als Schuldvertrag und die Arbeitskraft als Ware behandelt zu haben. Es ist die Schuld des Liberalismus, den Arbeitsvertrag nur als Schuldvertrag und die Arbeitskraft nur als Ware behandelt zu haben."

der kaufmännischen Angestellten bestanden, daneben in Kraft.

Als nach dem ersten Weltkrieg die Entwicklung des eigentlichen Arbeitsrechts im heutigen Sinne einsetzte, knüpfte man im Arbeitsvertragsrecht mehr und mehr an alte deutschrechtliche Gedanken an. Die persönlichen Beziehungen der Parteien wurden wieder stärker hervorgehoben und das Arbeitsverhältnis auf persönliche Verbundenheit und beiderseitige Treue gegründet. Den Arbeitsvertrag bezeichnete man als personenrechtlichen Vertrag. Im wesentlichen aber hielt die h.L. noch an der Auffassung vom Arbeitsvertrag als Schuldvertrag fest, wie sie der gesetzlichen Regelung entsprach.

VI.

In der Folgezeit trat darin ein grundsätzlicher Wandel ein. Die personenrechtlichen Elemente des Arbeitsverhältnisses wurden derartig in den Vordergrund gestellt, daß sein schuldrechtlicher Charakter demgegenüber vollkommen zurücktrat. Die übermäßige Betonung der persönlichen Verbundenheit der Vertragsparteien, die den Arbeitnehmer zum Einsatz für die Interessen des Arbeitgebers, den Arbeitgeber zur Fürsorge für den Arbeitnehmer verpflichtete, fand ihren Ausdruck darin, daß man das Arbeitsverhältnis als ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ¹⁾ und den Arbeitsvertrag als gemeinschaftsbegründenden Vertrag bezeichnete. Das setzte nicht etwa voraus, daß der Arbeitnehmer in die Betriebs- oder Hausgemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen wurde, wenn die Gemeinschaft in diesen Fällen auch besonders klar zutage trat. Sie wurde vielmehr auch dann begründet, wenn jene äußere Verbundenheit zwischen Arbeitgeber-

1) Vgl. RAG ARS 33, 172 ff.; 37, 230; 40, 286: Das Arbeitsverhältnis sei kein reines Schuldverhältnis i.S. des BGB, sondern vornehmlich ein personenrechtliches, auf Treue und Fürsorge gegründetes Gemeinschaftsverhältnis.

ber und Arbeitnehmer nicht bestand. Erst aus diesem Gemeinschaftsverhältnis ergaben sich die einzelnen schuldrechtlichen Rechte und Pflichten.

Ohne schon an dieser Stelle auf die Rechtsnatur des heutigen Arbeitsvertrags eingehen zu wollen, kann abschließend festgestellt werden, daß das geltende Arbeitsvertragsrecht deutschrechtlichen Ursprungs ist.

§ 2. Die Rechtsnatur des Arbeitsvertrags.

I.

Der Arbeitsvertrag ist - das dürfte unbestritten sein - ein privatrechtlicher Vertrag¹⁾. Denn die Arbeitsvertragsparteien stehen sich bei seinem Abschluß als gleichberechtigte Partner gegenüber und können, soweit nicht zwingende gesetzliche oder kollektivrechtliche Vorschriften entgegenstehen, die Arbeitsbedingungen frei miteinander vereinbaren.

II.

Das durch den Arbeitsvertrag begründete Arbeitsverhältnis ist ein Dauerrechtsverhältnis, da die Arbeitsleistung nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt, sondern nur innerhalb eines gewissen Zeitraums erbracht werden kann. Als solches hat es mit allen Dauerschuldverhältnissen gemeinsam, daß es eine engere persönliche Verbundenheit zwischen den Vertragsparteien schafft. Aus diesem Grunde setzt denn auch gerade die für das Arbeitsverhältnis charakteristische Unterordnung des Arbeitnehmers unter den Arbeitgeber, seine persönliche Abhängigkeit von diesem, ein Vertragsverhältnis von längerer Dauer voraus²⁾

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 115.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 120; BGHZ 10, 190.

III.

Trotz der jahrzehntelangen Bemühungen, Klarheit über das Wesen des Arbeitsverhältnisses zu gewinnen, besteht aber noch immer Streit darüber, wie das Arbeitsverhältnis im übrigen rechtlich einzuordnen ist, welche Bedeutung insbesondere dem personenrechtlichen Element zukommt.

1.) Überwiegend wird auch heute noch in Rechtsprechung und Literatur die Ansicht vertreten, daß das Arbeitsverhältnis seinem Wesen nach ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis und der Arbeitsvertrag ein gemeinschaftsbegründender Vertrag sei.¹⁾ Der Schwerpunkt wird also auf die persönlichen Beziehungen der Vertragspartner und die damit verbundene Treue- und Fürsorgepflicht gelegt.²⁾ Das ist besonders deutlich in der Entscheidung BGHZ 10, 190 zum Ausdruck gekommen. Während das Dienstverhältnis der selbständig Tätigen als ein auf Austausch von Leistung und Gegenleistung gerichtetes Schuldverhältnis angesehen werde, betrachte man das Arbeitsverhältnis als ein auf der Treuepflicht des Beschäftigten und der Fürsorgepflicht des Unternehmers beruhendes personenrechtliches

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 116; Kaskel-Dersch S. 113/6; Nikisch I S. 136/7 und 148 mit der Einschränkung, daß nicht der Arbeitsvertrag, sondern erst seine Erfüllung das Gemeinschaftsverhältnis ins Leben rufe, und der es daher für einen Irrtum hält, wenn eine in den 30-er Jahren aufgekommene Lehre den Arbeitsvertrag als einen "gemeinschaftsbegründenden" Vertrag ansehe, der ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Parteien auch dann zustande bringe, wenn der Arbeitnehmer der übernommenen Verpflichtung zuwider seine Stellung nicht antrete oder vom Arbeitgeber nicht eingestellt werde (vgl. auch Nikisch, Dienstpflicht und Arbeitspflicht in der Festschrift für Nipperdey 1955 S. 75). BGHZ 10, 190; a.A. Schnorr von Carolsfeld S. 161; Staudinger-Nipperdey-Mohnen Vorb. 10, 34 vor § 611; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts I. Teil S. 26, der im Arbeitsverhältnis ein "allseitiges soziales Organisationsverhältnis" sieht, in dem die gesamte Rechtsstellung einbegriffen sei, die der Arbeitnehmer mit seiner Einstellung in den Betrieb erwerbe. "Das Arbeitsverhältnis ist die Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Betrieb" (aaO. II. Teil S. 10).

2) Vgl. BAG in AP § 616 Nr. 2.

Gemeinschaftsverhältnis, das einzelne schulrechtliche Elemente aufweise.

2.) Entgegen dieser Auffassung sind m.E. Hauptpflichten eines abhängigen Arbeitsvertrags nach wie vor die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Arbeit und die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung der Vergütung. Das wird gerade in Zeiten der Vollbeschäftigung immer wieder deutlich. Tagtäglich wechseln Arbeitnehmer ihre Arbeitsstellen, allein um sich finanziell zu verbessern. Beim Abschluß eines Arbeitsvertrags spielt die Höhe des Verdienstes, also die rein vermögensrechtliche Lohnzahlungspflicht, regelmäßig die größte Rolle. Selbst schon die Berufswahl wird wesentlich davon beeinflusst, welche Verdienstmöglichkeiten der einzelne Beruf nach Beendigung der Lehre bietet, ohne daß man entscheidendes Gewicht auf Veranlagung und Neigung, Kenntnisse und Fähigkeiten legt. Ebenso ist auf der anderen Seite des Arbeitgebers Interesse in erster Linie auf die Arbeitsleistung gerichtet, und der Arbeitnehmer sieht es als seine Hauptvertragspflicht an, diese zu erbringen¹⁾.

3.) In den genannten Pflichten erschöpft sich das Arbeitsverhältnis indes nicht. Arbeitgeber und Arbeitnehmer stehen sich nicht nur als Gläubiger und Schuldner von Leistungen und Gegenleistungen gegenüber. Vielmehr wird da-

1) Nikisch Unterscheidung zwischen Dienst- und Arbeitspflicht, auf die hier nicht im einzelnen eingegangen werden kann, entspricht m.E. weder den tatsächlichen Vorstellungen der Arbeitsvertragsparteien noch besteht für sie eine rechtliche Notwendigkeit. Während er unter der Dienstpflicht die vom Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag übernommene Verpflichtung versteht, in den Dienst des Arbeitgebers zu treten, besteht die Arbeitspflicht, die erst mit der Einstellung des Arbeitnehmers in den Dienst des Arbeitgebers entsteht, darin, die im Laufe des Arbeitsverhältnisses fort und fort neu anfallenden Arbeiten zu verrichten (vgl. Nikisch I S. 239; derselbe ferner in der Festschrift für Nipperdey 1955 S. 72 ff; ebenso Maus, Handbuch des Arbeitsrechts II. Teil S. 9 und IV. Teil S. 20, 29).

durch, daß der Arbeitsvertrag nicht nur die Gewährung eines Vermögenswertes, sondern den Einsatz der Person auf Seiten des Arbeitnehmers erfordert und dieser in persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber tritt, eine tiefere menschliche Beziehung zwischen den Arbeitsvertragsparteien begründet. Solche innere persönliche Bindung bedingt aber ein besonderes Maß an gegenseitiger Treue, die für das Wesen des Arbeitsverhältnisses kennzeichnend ist. Die beiderseitige Treuepflicht, die auf Seiten des Arbeitgebers als Fürsorgepflicht erscheint, geht erheblich über die in jedem Schuldverhältnis nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auf den anderen zu nehmende Rücksicht hinaus. Der Arbeitnehmer ist auf Grund der inneren, wechselseitigen Verbundenheit zum Arbeitgeber nicht nur verpflichtet, ihm zu gehorchen, sondern auch, sich für dessen Interessen einzusetzen, der Arbeitgeber ist verpflichtet, für den Arbeitnehmer zu sorgen.

Dieses personenrechtliche Element im Arbeitsverhältnis spielt nicht nur dann eine wesentliche Rolle, wenn der Arbeitnehmer in die Betriebs- oder Hausgemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen ist. Es prägt vielmehr immer die Gestalt des Arbeitsverhältnisses, da die persönliche Abhängigkeit und Unterordnung des Arbeitnehmers unter den Arbeitgeber wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist, auch wenn eine Eingliederung in die Betriebs- oder Hausgemeinschaft des Arbeitgebers nicht stattgefunden hat.

Die personenrechtlichen Beziehungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien haben aber nicht die Bedeutung, daß man in Bezug auf das Arbeitsverhältnis von einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis sprechen kann. Denn einmal stehen - wie schon gesagt - auch heute noch die Pflichten zur Leistung von Arbeit und Zahlung der Vergütung im Vordergrund, während die Treue- und Fürsorgepflicht nur eine untergeordnete Rolle spielen. Zum anderen kann man aber, selbst wenn man mit der h.M. den Schwerpunkt auf die persönliche Bindung der Arbeitsvertragsparteien legt, die erst die Grundlage für die einzelnen Ansprüche und Verpflichtun-

gen bildet, nicht von einer personenrechtlichen Gemeinschaft sprechen. Denn eine echte Gemeinschaft kann sich nur dort bilden, wo mehrere Personen dieselben Interessen verfolgen, wie z.B. bei der Gesellschaft. Gerade beim Arbeitsvertrag bestehen aber nicht selten erhebliche Interessengegensätze und Spannungen zwischen den Parteien.¹⁾

Denn jede Partei verfolgt zunächst ihre eigenen Ziele. Man kann das Arbeitsverhältnis daher nur dann als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis bezeichnen, wenn man sich hierüberklar ist und damit lediglich zum Ausdruck bringen will, dass die personenrechtlichen Elemente die Grundlage für die Arbeits- und Lohnzahlungspflicht darstellen, die ihrerseits in der Reihenfolge der Bedeutung erst an zweiter Stelle stehen.

Demgegenüber möchte ich den Arbeitsvertrag auch heute noch lieber als Austauschvertrag bezeichnen,²⁾ dessen starke personenrechtliche Bindung den Pflichtenkreis der Beteiligten aber so erheblich modifiziert, dass man nicht mehr von einem rein vermögensrechtlichen Austauschvertrag (= einem dem Güteraustausch dienenden Verkehrsgeschäft) sprechen kann.

Unter einem personenrechtlichen Austauschvertrag verstehe ich einen Vertrag, bei dem die Pflicht zur Arbeitsleistung und die Pflicht zur Lohnzahlung die Hauptvertragspflichten darstellen, die aber wesentlich von der gegenseitigen Treue- und Fürsorgepflicht der Parteien beeinflusst werden. Als personenrechtlicher Austauschvertrag nimmt der Arbeitsvertrag

1) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen Vorb. 10, 34 vor § 611; Neumann in RdA 1951, 2; Kaskel-Dersch S. 114; im Ergebnis wie hier auch schon Sinzheimer S. 167, der seinen ablehnenden Standpunkt aber damit begründete, dass ein Gemeinschaftsverhältnis nur dann vorliege, wenn eine Vermögensgemeinschaft zwischen den Parteien begründet würde. Gerade das aber sei beim Arbeitsverhältnis nicht der Fall. Denn die Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis würden nicht vereinigt, sondern für die Gegenpartei vollzogen.

2) So auch Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 16.

eine Mittelstellung zwischen den rein vermögensrechtlichen Austauschverträgen wie Kauf-, Miet-, Pacht- und Werkvertrag auf der einen Seite und dem gemeinschaftsbegründenden Gesellschaftsvertrag auf der anderen Seite ein.¹⁾

Kann nun auf einzelvertraglicher Ebene von einem Gemeinschaftsverhältnis nicht die Rede sein, so bleibt doch davon unberührt die im betrieblichen Gesamtbereich zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern bestehende Gemeinschaft, die sich aus der Interessengleichheit hinsichtlich der betrieblichen Belange ergibt. Diese gehört aber nicht dem Arbeitsverhältnis, sondern der Arbeitsverfassung an.

IV.

Trotz des starken personenrechtlichen Einschlags ist der Arbeitsvertrag schuldrechtlicher Vertrag²⁾.

Versteht man unter dem Arbeitsvertrag einen Austauschvertrag mit personenrechtlichen Wirkungen, bei dem die vermögensrechtlichen Pflichten beider Vertragspartner im Vordergrund stehen, kann man hieran keinen Zweifel haben. Denn die gegenseitige Treuepflicht der Parteien prägt zwar ihre vermögensrechtlichen Ansprüche und Pflichten, gibt dem Arbeitsverhältnis aber keinen so wesentlich anderen Inhalt, dass man es nicht mehr als Schuldverhältnis bezeichnen kann.³⁾ Vor allen Dingen beschränkt sich aber im geltenden Recht der Begriff des Schuldrechts nicht auf

1) Denn, dass der Gesellschaftsvertrag kein Austauschvertrag ist, kann m.E. nicht zweifelhaft sein. Die Parteien tauschen hier keine Leistungen aus, sondern verpflichten sich zur Mitwirkung bei Erreichung eines gemeinsamen Zwecks.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 117; Nikisch I S. 136; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts II. Teil S. 9; Dersch in der Anm. zu IAG Stuttgart in AP 1951 Nr. 147 S. 544: "Der Arbeitsvertrag ist im Kern ein schuldrechtlicher Vertrag."

3) Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 14.

Verträge, die rein vermögensrechtliche Pflichten zum Gegenstand haben. Die Kennzeichnung des Arbeitsvertrages als personenrechtlicher und schuldrechtlicher Vertrag ist also kein sich ausschliessender Gegensatz.

Vom Standpunkt des geltenden Rechts aus kommen selbst diejenigen Schriftsteller zu Recht zu dem gleichen Ergebnis, die im Arbeitsvertrag einen personenrechtlichen Gemeinschaftsvertrag sehen. Denn da das BGB sogar den Gesellschaftsvertrag im Abschnitt über "einzelne Schuldverhältnisse" geregelt hat, obwohl für diesen schon bei Schaffung des BGB klar war, dass er eine Gemeinschaft ins Leben ruft, die - abgesehen davon, dass auch durch den Gesellschaftsvertrag einzelne Rechte und Pflichten begründet werden - keinerlei Ähnlichkeit mit den übrigen Schuldverhältnissen aufweist, kann man den Arbeitsvertrag ebenfalls dem Schuldrecht zuordnen, auch wenn man in ihm einen gemeinschaftsbe gründenden Vertrag sieht ¹⁾.

V.

Der Arbeitsvertrag gehört zu den gegenseitigen (synallagmatischen) Verträgen im Sinne der §§ 320 ff. BGB.²⁾ Obwohl das Arbeitsverhältnis als Unterordnungsverhältnis starke personenrechtliche Beziehungen zwischen den Beteiligten

-
- 1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 117: "Ebensowenig steht die Tatsache, dass durch einen Vertrag eine Gemeinschaft begründet wird, der Zurechnung des Vertrags zum Schuldrecht entgegen." A.A. Schnorr von Carolsfeld S. 162, der den Arbeitsvertrag zwar zu den schuldrechtlichen Verträgen zählt, darin aber offenbar einen Gegensatz zu den gemeinschaftsbildenden Verträgen sieht.
 - 2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 118; Kaskel-Dersch S. 116; Schnorr von Carolsfeld S. 162, 206; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 19; Citron-Hessel S. 9; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts II. Teil S. 9; Nikisch I S. 136, der allerdings in Abweichung von der h.M. die Pflicht des Arbeitnehmers, in den Dienst des Arbeitgebers zu treten, als dessen Hauptvertragspflicht ansieht.

entstehen lässt, baut sich der Arbeitsvertrag doch auf den Elementen von Leistung und Gegenleistung (Arbeit und Lohn) auf. ¹⁾ Die Arbeit wird gegen den Lohn ausgetauscht. Das Arbeitsverhältnis besteht, damit der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt und dafür seinen Lohn erhält. Die Arbeit wird um des Lohnes willen, der Lohn um der Arbeit willen geleistet. Beide Vertragsteile sind Gläubiger und Schuldner, beide verpflichten sich zu ihren Leistungen, weil und damit auch die andere Partei sich verpflichtet. Die übernommenen Leistungspflichten (hier Arbeit, dort Lohn) stehen im Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit von einander. Das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis besteht aber nur zwischen der Verpflichtung zur Leistung von Arbeit und der zur Leistung der Vergütung, nicht zwischen den vertraglichen Nebenpflichten. Da unentgeltliche Arbeitsverträge jedoch praktisch nicht vorkommen, sind fast alle Arbeitsverträge gegenseitige Verträge.

Trotzdem dürfen bei der Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften über gegenseitige Verträge auf den Arbeitsvertrag nicht die Besonderheiten übersehen werden, die der Arbeitsvertrag gegenüber den gegenseitigen Verträgen aufweist, bei denen lediglich Güter ausgetauscht werden.

VI.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich jetzt folgende Definition des Arbeitsvertrages:

Arbeitsvertrag ist der privatrechtliche, schuldrechtliche, auf die Dauer angelegte und auf den Austausch von Arbeit und Lohn gerichtete gegenseitige Vertrag mit personenrechtlichen Wirkungen, durch den sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers verpflichtet und der Arbeitgeber verspricht, dem Arbeitnehmer eine be-

1) Vgl. BAG in AP § 616 Nr. 2.

stimmte Vergütung zu zahlen.¹⁾ Unter dem Arbeitsverhältnis verstehe ich - in Übereinstimmung mit der herrschenden Vertragstheorie - das sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Rechtsverhältnis,²⁾ das sich nicht in der Pflicht zur Arbeitsleistung und der zur Zahlung des Lohnes erschöpft, sondern darüber hinaus besondere personenrechtliche Pflichten wie die Treue- und Fürsorgepflicht zum Inhalt hat. - Entsprechend anders lautende Definitionen bringen natürlich die Schriftsteller, die im Arbeitsvertrag einen gemeinschaftsbegründenden Vertrag und im Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis sehen.

VII.

Zur Darstellung der Rechtsnatur des Arbeitsvertrags gehört auch die Frage, welchem Vertragstyp des BGB der arbeitsrechtliche Arbeitsvertrag zuzuordnen ist. Das BGB regelt in den §§ 611 ff lediglich den Dienst- und den Werkvertrag. Den Begriff des Arbeitsvertrags kennt es nicht. Es fragt

-
- 1) Vgl. insbesondere Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 3, der eine fast gleichlautende Definition des Arbeitsvertrages bringt; ebenso noch Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht in der Voraufgabe S. 137 ff.
 - 2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 105 ff.; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorb. 300 vor § 611. Anders die sogenannte Einstellungs- oder Eingliederungstheorie, deren Hauptvertreter Nikisch war (vgl. z.B. Nikisch, das Arbeitsverhältnis im Betrieb, 2. Auflage 1944 S. 20 ff.). Nach ihr begründet erst die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb das Arbeitsverhältnis, das durch den Arbeitsvertrag (= Vorvertrag) nur vorbereitet wird. (So z.B. Maus, Handbuch des Arbeitsrechts I. Teil S. 32, der unter dem eigentlichen Arbeitsverhältnis, von dem er das Arbeitsvertragsverhältnis als das durch den Arbeitsvertrag begründete Rechtsverhältnis unterscheidet, die Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Betrieb versteht. Ähnlich auch schon Maus, das deutsche Arbeits- und Sozialrecht S. 138/9). Nikisch betont neuerdings nur noch die starke Änderung, die das Arbeitsverhältnis (= das durch den Arbeitsvertrag begründete Schuldverhältnis) durch den Eintritt in den Erfüllungszustand erfährt (vgl. I S. 148 und derselbe in der Festschrift für Nipperdey 1955 S. 73).

sich daher, ob und welchem dieser beiden Vertragstypen der Arbeitsvertrag zugerechnet werden kann. Denn davon hängt es ab, ob die §§ 611 ff. oder die §§ 631 ff. BGB auf den Arbeitsvertrag anwendbar sind.

Nach wohl einhelliger Meinung zählt der Arbeitsvertrag zu den Dienstverträgen.¹⁾ Denn Arbeitsvertrag und Dienstvertrag des Selbständigen unterscheiden sich grundsätzlich nur dadurch, dass der Arbeitnehmer in persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber tritt, die vor allem in seiner Gehorsamspflicht gegenüber dem Direktionsrecht des Arbeitgebers zum Ausdruck kommt, während der Dienstverpflichtete seine persönliche Selbständigkeit behält (freier oder selbständiger Dienstvertrag). Das hat zwar zur Folge, dass die für den Arbeitsvertrag charakteristische besonders enge personenrechtliche Bindung zwischen den Parteien beim freien Dienstvertrag nicht vorhanden ist, was nicht bedeutet, dass hier gar keine gegenseitige Treuepflicht besteht.²⁾ Man denke etwa an die Dienstverhältnisse von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft.

Im übrigen sind aber die Hauptvertragspflichten beim freien Dienst- wie beim Arbeitsvertrag die gleichen: die Pflicht zur Dienstleistung auf der einen und die zur Zahlung der Vergütung auf der anderen Seite. Bei beiden Verträgen wird die Arbeit als solche, ein "Wirken" geschuldet, während beim Werkvertrag der Arbeitserfolg, ein "Werk" Vertragsinhalt ist, demgegenüber die den Erfolg herbeiführenden einzelnen Arbeitsleistungen nicht in Betracht kommen.³⁾ - Dafür, dass der Arbeitsvertrag Dienst- und nicht Werkvertrag ist,

1) Vgl. Nikisch S. 135; Enneccerus-Lehmann § 145 I 1 d; Larenz II S. 165; RAG ARS 13, 481 ff.; BGHZ 10, 190; LAG Frankfurt in AP 1950 Nr. 28 S. 118.

2) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 145 IV; Larenz II S. 168: "Darüber hinaus ist jedem Dienstverhältnis von einiger Dauer ein personenrechtliches Element eigen, das seinen Ausdruck in der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten und einer entsprechenden Treuepflicht des Dienstverpflichteten findet."

3) Vgl. O.v. Gierke III S. 592.

spricht ferner auch der Umstand, dass der Unternehmer beim Werkvertrag hinsichtlich der Arbeitsleistung als solcher überhaupt nicht an Weisungen gebunden ist, während der Dienstverpflichtete und erst recht der Arbeitnehmer, der in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht, derartigen Weisungen Folge leisten muss. Abschliessend kann hier also festgestellt werden, dass zwar jeder Arbeitsvertrag stets Dienstvertrag ist, dass aber nicht jeder Dienstvertrag Arbeitsvertrag im Sinne des Arbeitsrechts ist. Denn nicht jeder Dienstpflichtige steht in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Dienstherrn. Gerade das setzt aber der Arbeitsvertrag voraus und unterscheidet ihn vom freien Dienstvertrag.

VIII.

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BGB auf den Arbeitsvertrag, soweit sie hier interessieren, folgendes:

Sofern sich aus der besonderen Natur des Arbeitsverhältnisses nichts anderes ergibt, sind die §§ 611 ff. BGB grundsätzlich anwendbar.¹⁾ Ebenso finden die allgemeinen Vorschriften aus dem Recht der Schuldverhältnisse grundsätzlich auf den Arbeitsvertrag Anwendung. Es ist jedoch bei jeder Norm stets sorgfältig zu prüfen, ob das Wesen des Arbeitsvertrags nicht im einzelnen Abweichungen erfordert. Das gilt insbesondere für die Bestimmungen der §§ 320 ff. BGB.²⁾ Soweit sie den Grundgedanken vom Wesen des Arbeitsverhältnisses widersprechen, sind sie unanwendbar. Deshalb kann man sie aber nicht schlechthin ausschalten, wie es Rechtsprechung und Literatur im Dritten Reich insbesondere

-
- 1) A.A. Maus, Handbuch des Arbeitsrechts II. Teil S. 7:
Die Regelung des BGB über den Dienstvertrag passe ihrer Entstehung und ihrem Wesen nach nicht auf den Tatbestand, der bei einem Arbeitsverhältnis vorliege.
- 2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 117; Schnorr von Carolsfeld S. 162; Staudinger-Nipperdey-Mohnen Vorb. 35 vor § 611.

hinsichtlich der §§ 323 ff. BGB getan haben,¹⁾ obwohl das RAG in seiner berühmt gewordenen Entscheidung ARS 37, 230 ausdrücklich festgestellt hatte, dass bei jeder einzelnen Norm eine besondere Prüfung erforderlich sei, ob sie mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses noch vereinbar sei. Da - wie Hueck bewiesen hat²⁾ - die das Arbeitsverhältnis beherrschenden Grundgedanken der Treue- und Fürsorgepflicht, die das RAG herangezogen hat, im übrigen auch zum gleichen Ergebnis wie die §§ 323 ff. BGB führen würden, ist es richtiger, von der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB auszugehen und nur die Bestimmungen auszuschalten, welche mit der Eigenart des Arbeitsverhältnisses nicht in Einklang zu bringen sind, als umgekehrt zu verfahren.³⁾

- 1) Vgl. z.B. Siebert, S. 68 und S. 84/5, das BGB von 1900 könne uns mit seinen typisch individualistisch-vermögensrechtlichen Rechtsätzen nicht mehr das Material liefern, das wir für die Neuordnung des Arbeitsverhältnisses als eines konkreten Gemeinschaftsverhältnisses brauchten. Die Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag der §§ 320 ff. und die Vorschriften des Dienstvertragsrechts z.B. § 615 passten daher nicht für das Arbeitsverhältnis. So auch RAG ARS 37, 230; 40, 286; 40, 351/4, 41, 43/7; 43, 167 für die §§ 323 - 326 BGB.
- 2) Vgl. Huecks Anmerkung zu der Entscheidung RAG ARS 37, 230 ff.; Hueck-Nipperdey I S. 202.
- 3) Vgl. O.v. Gierke III S. 609; Hueck-Nipperdey I S. 118; Schnorr von Carolsfeld S. 163/4; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 19; Nikisch S. 243, der aber die Anwendung der allgemeinen Vorschriften für gegenseitige Verträge auf das Arbeitsverhältnis nur solange für unbedenklich und geboten hält, als es noch nicht in den Erfüllungszustand eingetreten ist, während er, wenn die schon teilweise erbrachte Dauerleistung für die Zukunft unmöglich wird, die §§ 323 ff. BGB für offensichtlich nicht anwendbar hält. Vgl. ferner BAG in NJW 58, 398; a.A. BGHZ 10, 190; LAG Stuttgart AP Haftung des Arbeitnehmers § 611 Nr. 2 (mit der Anerkennung des Arbeitsverhältnisses als eines besonderen Rechtsinstituts seien die Vorschriften des BGB nicht mehr unmittelbar anwendbar) im Gegensatz zu seiner Entscheidung LAG Stuttgart in AP 1951 Nr. 147 S. 540 mit Anmerkung von Dersch S. 544.

Hueck ¹⁾ sagt zutreffend und kurz:

" Die häufig gebrauchte Formel: Schuldrechtliche Begriffe und Grundsätze sind nur anwendbar, soweit sie mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses vereinbar sind, wird besser ersetzt durch die Formel: Sie sind grundsätzlich anwendbar, es sei denn, dass sie mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nicht vereinbar sind."

§ 3. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

I.

Die in § 320 Abs. I S. 1 BGB geregelte Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist eine besondere Form des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts des § 273 BGB ²⁾. Es sei daher gestattet, einige Bemerkungen über letzteres vorausszuschicken.

1.) Ein Zurückbehaltungsrecht besteht nicht etwa nur, wo es sich um Zurückbehaltung einer Sache handelt, wenn man bei Zurückbehaltung der " Leistung " auch in erster Linie an einen materiellen Gegenstand, an eine körperliche Sache denkt ³⁾. Zurückbehaltungsrecht ist vielmehr allgemein das Recht des Schuldners, seine Leistung, die auch in einem körperlichen oder geistigen Wirken bestehen kann, zu verweigern, bis ein ihm gegen den Gläubiger zustehender fälliger Anspruch befriedigt wird (§ 273 Abs. I BGB) ⁴⁾. Grundsätzlich kann die Arbeitsleistung daher wie jede andere schuldrechtliche Leistung zurückbehalten werden.

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 118 Anm. 17.

2) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 33 I; a.A. Larenz I S. 153 Anm. 4.

3) Vgl. Capodistrias in RdA 54, 53/4.

4) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 25 I.

Da die Einrede des nicht erfüllten Vertrags eine Unterart des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB ist, bestehen insofern keine Bedenken, auch die Arbeitsleistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, es sei denn, dass 'andere Gründe der Anwendbarkeit des § 320 Abs. I BGB auf den Arbeitsvertrag entgegenstehen.

2.) Da nun die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im Gegensatz zum Zurückbehaltungsrecht nicht nur der Sicherung dient, sondern auch die Unbilligkeit abwehren soll, die im Verlangen der Vorleistung liegt, gelten für sie auch einige besondere Grundsätze gegenüber dem allgemeinen Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags kann z.B. nicht durch Sicherheitsleistung seitens des Gläubigers abgewendet werden (vgl. § 320 Abs. I S. 3 BGB). Auf Einzelheiten hinsichtlich dieses Unterschiedes braucht hier aber nicht eingegangen zu werden.

II.

§ 320 Abs. I BGB setzt zunächst voraus, dass ein gegenseitiger Vertrag gültig abgeschlossen worden ist, bei dem die geforderte und die einredeweise geltend gemachte Leistung sich im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gegenüber stehen ¹⁾. Wie oben schon dargelegt wurde, ist der Arbeitsvertrag ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des BGB, bei dem die wechselseitige Abhängigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung zwischen Arbeit und Lohn besteht. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann wegen Einzelheiten auf die Ausführungen zu § 2 V verwiesen werden.

Voraussetzung des § 320 Abs. I BGB ist ferner, dass derjenige, der die Einrede geltend macht, nicht vorzuleisten braucht, weil sie andernfalls ausgeschlossen ist, Diese mit

1) Vgl. RGZ 54, 125; 105, 125/8; 106, 87; 108, 138.

" es sei denn " gesetzte Ausnahme, die an sich selbstverständlich und nur der Genußigkeit halber erwähnt worden ist, hat gerade beim Arbeitsvertrag besondere Bedeutung, da § 614 BGB bestimmt, dass der Arbeitnehmer in der Regel vorleistungspflichtig ist, und eine abweichende Vereinbarung im Arbeitsleben nur in Ausnahmefällen getroffen wird. Wird aber im Einzelfall die Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers vertraglich ausgeschlossen, so wird gleichzeitig vereinbart, dass der Arbeitgeber vorleisten muß. Denn eine Zug um Zug Leistung von Arbeit und Lohn ist zwar theoretisch möglich, kommt aber praktisch nicht vor,¹⁾ weil sich die Arbeitsleistung über einen Zeitraum erstreckt, während die Lohnzahlung zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgt²⁾.

Gerade auf diesen letzteren Fall, daß nämlich keine Partei zur Vorleistung verpflichtet ist, ist aber die Regelung des § 320 Abs. I BGB zugeschnitten. Das geht einmal daraus hervor, dass der mit der Leistung in Anspruch Genommene diese nur " bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern " kann. Bei einer für den anderen Teil kraft Gesetzes oder Vertrags bestehenden Vorleistungspflicht dagegen könnte er seine Leistung sogar bis nach Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Zum anderen ergibt sich auch aus der Vorschrift des § 322 Abs. I BGB, dass § 320 Abs. I BGB von den Fällen ausgeht, in denen eine gleichzeitige Leistung der Vertragsparteien gesetzlich vorgeschrieben oder vertraglich vereinbart worden ist, in denen also keine Partei vorzuleisten

-
- 1) Ich möchte hier von solchen Fällen absehen, in denen der Lohn vorwiegend in Naturalleistungen (Wohnen und Essen beim Arbeitgeber) besteht und der Arbeitnehmer nur ein geringes Taschengeld erhält.
 - 2) Vgl. Larenz I S. 152: " Bei Verträgen, die eine Dauerleistung des einen Teils zum Gegenstand haben, muss jeweils einer für einen bestimmten Zeitabschnitt vorleisten." Ebenso Lotmar I S. 372 und Sigel S. 68: " Sobald sich die Arbeit über gewisse Zeiträume erstreckt, ist ein zugewisser Austausch der Leistungen nicht durchführbar."

braucht. Denn nach § 322 Abs. I BGB hat die gerichtliche Geltendmachung des in § 320 Abs. I BGB verliehenen Rechts die Wirkung, dass der verweigernde Teil zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist. Ist der Kläger vorleistungspflichtig, so würde die Anwendung dieser Bestimmungen zu einer unberechtigten Verbesserung seiner Rechtslage führen, indem er nun nicht mehr vorzuleisten brauchte, sondern auf Grund des Urteils gleichzeitig, d.h. Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung erfüllen könnte. Hieraus folgt aber, dass die Rechtsfolgen der §§ 320 und 322 BGB auf den Arbeitsvertrag nicht passen, solange ein Vertrags-
teil vorleistungspflichtig ist.

III.

Da grundsätzlich bei bestehender Vorleistungspflicht einer Vertragspartei die Fälligkeit der Verpflichtung des Nachleistungspflichtigen bis zur Erfüllung der Vorleistungspflicht ipso iure aufgeschoben ist,¹⁾ kommt man auf Grund der bisherigen Überlegungen zu folgendem Ergebnis:

Muss der Arbeitnehmer vorleisten, verlangt er aber vor Bewirkung seiner Leistung Lohnzahlung, so hat die Geltendmachung der "Einrede des nicht erfüllten Vertrags", besser der Vorleistungspflicht, durch den Arbeitgeber folgende Wirkungen: Wird sie ausserhalb eines Prozesses erhoben, so darf der Arbeitgeber den Lohn bis nach Bewirkung der Arbeitsleistung zurückbehalten. Wird sie im Prozess geltend gemacht, so treten nicht die Folgen des § 322 Abs. I BGB ein, sondern sie bewirkt, dass die vorzeitige Klage des Arbeitnehmers auf Lohnzahlung als zur Zeit unbegründet abgewiesen wird²⁾. Dabei hat die Klageabweisung nach h.M. nicht nur auf Grund der Einrede der Vorleistungspflicht, sondern von Amts wegen zu erfolgen, wenn sich er-

1) Vgl. Staudinger-Werner § 322 I 2 a.

2) Vgl. Sigel S. 118.

gibt, dass der Kläger vorleistungspflichtig ist und seine Leistung noch nicht erbracht hat, da sein Vergütungsanspruch noch nicht fällig und sein Vortrag daher nicht schlüssig ist ¹⁾.

Dasselbe gilt natürlich im umgekehrten Fall, wenn der Arbeitgeber vorleistungspflichtig ist.

An dieser Stelle zeigt es sich, dass die vom Arbeitgeber geltend gemachte "Einrede des nicht erfüllten Vertrags" mit der Behauptung, dass der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig sei, garnicht die in § 320 Abs. I BGB geregelte Einrede darstellt. Denn hat die "Einrede" des Arbeitgebers eine andere prozessuale Rechtsfolge: statt der Verurteilung des Arbeitgebers die Abweisung der Klage des Arbeitnehmers, und zwar u.U. auch von Amts wegen, so handelt es sich weder um die in den §§ 320, 322 BGB geregelte, noch um eine andere Einrede, ²⁾ sondern um das Bestreiten einer klagebegründenden Tatsache (hier der Fälligkeit).

IV.

Überall da nun, wo die Fälligkeit der später zu bewirkenden Leistung auch eintritt, wenn die Gegenleistung, sei es auch durch Verschulden des Verpflichteten, nicht erfüllt wurde, kann sich der Berechtigte nach Eintritt der Fälligkeit seiner Leistung auf die ursprüngliche Vorleistungspflicht des Gegners nicht mehr berufen ³⁾. Vielmehr kann er nach § 320 Abs. I BGB nur noch Leistung Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung verlangen. Für den Arbeits-

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 33 IV 2; Staudinger-Werner § 322 I 2 a; Palandt-Danckelmann § 322, 3 b.

2) A.A. offenbar Lotmar II S. 73 unter 1.); RGZ 53, 64, wo von der "Einrede der mangelnden Vorleistung" die Rede ist.

3) Vgl. Staudinger-Werner § 320 II; RG JW 24, 1141; Palandt-Danckelmann § 320, 4 b: "Die Vorleistungspflicht wird zur Pflicht der Zug um Zug Leistung, wenn auch die Leistung des Vorleistungsberechtigten inzwischen fällig geworden ist."

vertrag bedeutet das folgendes: Da in ihm fast immer ein bestimmter Termin für die beiderseitigen Vertragspflichten vereinbart wird, wird die Leistung des anderen Teils auch bei Nichterfüllung der Vorleistungspflicht fällig, (§ 271 BGB), es sei denn, dass sie gar nicht mehr verlangt werden kann. Sind aber beide Leistungen fällig geworden, so kann der Vorleistungsberechtigte, sofern er nicht leisten muß, ohne die Gegenleistung verlangen zu können, seine Leistung nur noch bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern.

Solche Fälle kommen indes im Arbeitsrecht nur sehr selten vor. Denn entweder verliert der Arbeitnehmer infolge Nichterfüllung seiner Arbeitspflicht den Anspruch auf die Gegenleistung (§§ 323, 325 BGB), die der Arbeitgeber dann endgültig verweigern kann, oder der Arbeitgeber kann trotz Fortzahlung des Lohnes keine Nachleistung der Arbeit verlangen (§§ 324, 615, 616 BGB) und daher den Lohn auch nicht bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern.

Ist jedoch die Arbeit durch die Nichtleistung ausnahmsweise nicht unmöglich geworden, sondern der Arbeitnehmer nur in Verzug gekommen, so hat er seinen Lohnanspruch nicht verloren, der Arbeitgeber kann ihm aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegensetzen. Hierzu folgender Fall: Der Arbeitnehmer A hatte mit dem Arbeitgeber B im Arbeitsvertrag vereinbart, dass B den Lohn am Letzten eines jeden Monats zahlen müsse. Obwohl der Arbeitsvertrag erst am 31. August abläuft, erscheint A schon im August nicht mehr zur Arbeit, weil er es vorzieht, Ferien zu nehmen. Diese standen ihm, wie er wußte, nicht mehr zu. Trotzdem verlangt er am 31. 8. von B seinen Lohn. Hier ist B berechtigt, den Lohn zu verweigern, bis A die Arbeitsleistung bewirkt. Denn da die Arbeitszeit nicht wesentlicher Bestandteil der Arbeitspflicht war und A bisher auch keinen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, ist die Arbeitsleistung nicht unmöglich geworden, sondern kann nachgeholt werden. A ist in Verzug gekommen. Den Anspruch auf die Vergütung hat er dadurch nicht verloren. B kann sie aber zurückhalten. Weil

sie jedoch inzwischen ebenfalls fällig geworden ist, kann B den Lohn nur noch bis zur, nicht mehr bis nach Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Da eine Zug um Zug Leistung von Arbeit und Lohn aber praktisch nicht durchführbar ist, wird der Arbeitgeber auch hier regelmäßig nachleisten, ohne dass der Arbeitnehmer etwas dagegen einwendet.

Ist in Abweichung von § 614 BGB ausnahmsweise vereinbart worden, dass der Arbeitgeber den Lohn bei Beginn der Arbeit zu leisten habe, und wird die Arbeitsleistung fällig, ohne dass der Arbeitgeber seiner Vertragspflicht nachgekommen ist, so ist der Arbeitnehmer berechtigt, die fällige Arbeitsleistung zu verweigern, bis der Arbeitgeber seine Lohnzahlungspflicht erfüllt hat.¹⁾

V.

Da bisher immer nur von den Fällen ausgegangen worden ist, in denen die geforderte und die einredeweise geltend gemachte Leistung für denselben Zeitabschnitt geschuldet wurden, muss die Anwendbarkeit des § 320 Abs. I BGB noch im folgenden Fall geprüft werden:

Der Arbeitnehmer A, der mit dem Arbeitgeber B einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, ist auf Grund desselben vorleistungspflichtig. B muss den verdienten Lohn jeweils am Monatsende zahlen. A erfüllt nun im Januar seine Arbeitspflicht, B zahlt ihm jedoch am Monatsende nicht seinen Lohn. Nunmehr weigert sich A, im Februar Arbeit zu leisten. Es fragt sich, ob und auf Grund welcher Bestimmung er dazu berechtigt ist, solange er die Vergütung für Januar nicht bekommt.

1) Vgl. Capodistrias in RdA 54, 55; Staudinger-Nipperdey-Möhlen § 614, 12; LAG Frankfurt in AP 1950 Nr. 235 S. 212; AP 1951 Nr. 230 S. 314.

1.) Gegen die Anwendbarkeit des § 320 Abs. I BGB ¹⁾ bestehen keine Bedenken aus dem Grunde, dass die beiden Leistungen, der rückständige Lohn für Januar und die Arbeitsleistung für den Monat Februar, nicht in unmittelbarem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Es trifft zwar zu, dass das enge Abhängigkeitsverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, welches das Wesen des gegenseitigen Vertrags ausmacht, streng genommen nur zwischen den sich entsprechenden Leistungen für einen bestimmten Zeitabschnitt besteht. Doch hat die Zahlung des Lohnes am Ende einzelner Zeitabschnitte und die damit verbundene Aufteilung des Arbeitsverhältnisses in einzelne Perioden nicht die Wirkung, dass die beiderseitigen Leistungen, die auf verschiedene Zeitabschnitte entfallen, in keinem inneren Zusammenhang mehr stehen. Vielmehr besteht auch zwischen solchen Leistungen für verschiedene Zeitabschnitte, wie hier zwischen der Lohnzahlungspflicht für Januar und der Arbeitsleistungspflicht für Februar, eine enge rechtliche Beziehung. Diese ist umso grösser, je weniger man die Betonung auf die verschiedenen Zeitabschnitte, hier Januar, dort Februar legt, als vielmehr feststellt, dass auf Grund desselben Arbeitsvertrags auf der einen Seite Lohn, auf der anderen Arbeit geschuldet wird. Gegen die Anwendbarkeit des § 320 Abs. I BGB bestehen hier umso weniger Bedenken, als sich die herrschende Meinung sogar beim Sukzessivlieferungsvertrag für die Anwendbarkeit des § 320 Abs. I BGB in derartigen Fällen ausgesprochen hat ²⁾. Ich sage " sogar beim

1) In Literatur und Rechtsprechung wird der Fall allgemein über § 273 BGB gelöst. Vgl. Lotmar I S. 372/3; Hueck-Nipperdey I S. 203; Nikisch I S. 321; Schnorr von Carolsfeld S. 329; Capodistrias in RdA 54, 55; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 135; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 614, 11; LAG Frankfurt in AP 1951 Nr. 230 S. 314.

2) Vgl. Hueck: Der Sukzessivlieferungsvertrag S. 166 ff.; Enneccerus-Lehmann § 33 II 2; Staudinger-Werner § 320 I 2 b unter cc) a.E.; Palandt-Danckelmann § 320, 2 b; RGZ 68, 22; 120, 193 ff.: In den vom RG entschiedenen Fällen lag das Problem zwar etwas anders. Wendet man § 320 BGB aber selbst dann an, wenn die der zurückbehaltenen Leistung entsprechende Gegenleistung schon erfüllt ist, so muss er erst recht hier Anwendung finden.

Sukzessivlieferungsvertrag" deshalb, weil den einzelnen Zeitabschnitten beim Arbeitsvertrag infolge der ständig dauernden, ununterbrochenen Arbeitsleistung keine grosse rechtliche Selbständigkeit zugesprochen werden kann, während die das Wesen des Sukzessivlieferungsvertrags ausmachende Leistung in einzelne, zeitlich getrennte Teile zerfällt, die jeweils in einem bestimmten Zeitpunkt erfüllt werden.¹⁾ Den einzelnen Teilleistungen kommt in rechtlicher wie in wirtschaftlicher Hinsicht eine gewisse Selbständigkeit zu, besonders da beim Sukzessivlieferungsvertrag die eigentliche Dauerleistung fehlt, die dem Vertrag eine grössere Einheit verleihen würde.²⁾

2.) Wenn nun auch insoweit keine Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags auf den eingangs gestellten Fall bestehen, so kommt sie doch dann nicht in Frage, wenn eine der Parteien vorleistungspflichtig ist.

Die an sich bestehende Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers steht der Anwendbarkeit des § 320 Abs. I BGB hier nicht entgegen, da hinsichtlich des bereits fälligen Lohnes für Januar eine solche Vorleistungspflicht nicht mehr besteht. Denn abgesehen davon, dass inzwischen auch der Lohnanspruch fällig geworden ist und der Arbeitgeber sich schon aus diesem Grunde nicht mehr auf die Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers berufen kann, hat letzterer seine Vorleistungspflicht auch damit erfüllt, dass er die Januar-Arbeit verrichtet hat. Diese Begrenzung der Vorleistungspflicht steht zwar nicht im Gesetz, entspricht aber ihrem Inhalt und Sinn, ohne dass man dazu auf den Grundsatz von Treu

1) Auch beim Arbeitsvertrag kann im Einzelfall aber eine solche zeitliche Trennung gegeben sein. Man denke etwa an den Vertrag der Putzfrau, die einmal wöchentlich kommt.

2) Zu dem Unterschied zwischen Sukzessivlieferungs- und Dauerverträgen vgl. insbesondere Hueck: Der Sukzessivlieferungsvertrag S. 23 ff.

und Glauben zurückgreifen muss.¹⁾ M.E. steht dem Arbeitnehmer daher in dem oben gebrachten Beispiel bei Fälligkeit beider Leistungen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu. Das unter IV Gesagte gilt aber auch hier. Da eine Zug um Zug Leistung praktisch nicht durchführbar ist, wird der Arbeitnehmer seine Leistung solange zurückhalten, bis der Arbeitgeber den Lohn gezahlt hat. Denn solange die Arbeitsleistung für Februar noch nicht fällig war, war der Arbeitgeber mit der Lohnzahlung für Januar vorleistungspflichtig. Das ist zwar direkt weder im Gesetz noch im Arbeitsvertrag ausgesprochen, folgt aber aus den Umständen.²⁾

Abschliessend kann hier festgestellt werden, dass der Fall, an den der Gesetzgeber bei Schaffung des § 320 Abs. I BGB gedacht hat, bei dem keine Partei vorleistungspflichtig ist und beide Leistungen gleichzeitig bewirkt werden können, beim Arbeitsvertrag wegen der praktischen Schwierigkeiten einer Zug um Zug Leistung von Arbeit und Lohn nicht vor- kommt.

VI.

Die Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags in den unter IV und V erörterten Fällen steht mit dem arbeitsrechtlichen Grundsatz gegenseitiger Treue und Fürsorge

-
- 1) Vgl. RGR-Komm. zum BGB § 320, 4, der Käufer, der bei einem Teillieferungsvertrage die bereits empfangenen Lieferungen nicht bezahlt habe, obwohl seine Leistungspflicht inzwischen eingetreten sei, könne sich auf die ursprüngliche Vorleistungspflicht des Gegners nach Treu und Glauben nicht mehr berufen, vielmehr sei jetzt Zug um Zug zu leisten.
 - 2) Vgl. auch Hueck, der Sukzessivlieferungsvertrag S. 168: "Muss der Verkäufer am 15. jedes Monats liefern, der Käufer am 30. bezahlen, so ist zwar an sich der Verkäufer vorleistungspflichtig. Die Einrede des § 320 BGB steht ihm aber trotzdem dann zu, wenn der Käufer mit einer früheren Rate im Rückstand ist. Denn im Verhältnis der am 30. eines Monats fälligen Zahlungsrate und der am 15. des folgenden Monats fälligen Lieferungsrate ist der Käufer als vorleistungspflichtig anzusehen."

nicht im Widerspruch. Ein Arbeitgeber, der seiner im voraus zu erfüllenden Lohnzahlungspflicht nicht nachkommt, kann sich nicht beklagen, wenn der Arbeitnehmer durch Verweigerung seiner Leistung bei Fälligkeit einen Druck auf ihn ausübt. Der Arbeitgeber hat es sich auch selbst zuzuschreiben, dass die Arbeitsleistung in der Regel nicht mehr nachholbar ist, wenn er den Lohn gezahlt hat und damit die Voraussetzung für die Verweigerung der Arbeitsleistung wieder weggefallen ist. Denn weder § 273 noch § 320 BGB bestimmen, dass eine Leistung nur verweigert werden darf, wenn sie demnächst nachholbar ist.¹⁾ In der Verweigerung der Arbeitsleistung liegt also kein Vertoss des Arbeitnehmers gegen seine Treuepflicht. Abgesehen davon kann der Arbeitgeber in sehr vielen Fällen eine Nachholung der Arbeitsleistung ohnehin nicht verlangen, nämlich dann nicht, wenn er durch die Nichtzahlung des Lohnes nach § 298 BGB in Annahmeverzug hinsichtlich der Arbeitsleistung geraten und nach § 615 BGB zur Zahlung des Lohnes verpflichtet ist, ohne Nachleistung der Arbeit verlangen zu können.²⁾

Ebensowenig kann dem Arbeitgeber bei Verzug des Arbeitnehmers zugemutet werden, seine Vertragspflicht zu erfüllen, obwohl der zunächst vorleistungspflichtige Arbeitnehmer seine Leistung nicht erbracht hat. Selbst wenn inzwischen auch die Leistung des Arbeitgebers fällig geworden ist, verstösst die Verweigerung des Lohnes unter Berufung auf § 320 Abs. I BGB nicht gegen seine Fürsorgepflicht. Denn

-
- 1) A.A. Abel in JW 22, 555, der meint, "das Zurückbehaltungsrecht sei begrifflich nur an Leistungen gegeben, die an und für sich demnächst, wenn die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts fortfallen, noch bewirkt werden könnten."
 - 2) Im Ergebnis wie hier Hueck-Nipperdey I S. 204; a.A. Capodistrias in RdA 54, 55, der § 298 BGB hier für unanwendbar hält, weil die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Dienstleistung in der Regel unabhängig davon bestehe, ob er den bereits geschuldeten Lohn erhält. A.A. auch Abel a.a.O.: § 298 BGB spreche von "angebotener Leistung"; derjenige, der seine Arbeit zurückhalte, biete sie aber nicht an.

die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist nur dilatorischer Art, sie schafft keinen endgültigen Zustand. Der Bestand des dem Arbeitnehmer zustehenden Lohnanspruchs wird durch ihre Geltendmachung nicht berührt.

§ 4. Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages.

I.

Die Vorschrift des § 320 BGB Abs. II enthält eine Einschränkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Danach ist die Ausübung dieser Einrede insoweit ausgeschlossen, als ihre Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstossen würde. Hierbei kommt es zwar stets auf die Umstände des Einzelfalls an. Doch stellt sich als Verstoss gegen Treu und Glauben in der Regel die Verweigerung der ganzen Leistung wegen einer verhältnismässig geringfügigen Gegenforderung dar. Die in § 320 Abs. II BGB geregelte Einschränkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags schliesst aber regelmässig nicht aus, dass die Gegenleistung insoweit verweigert wird, als ihr Wert dem der nicht erbrachten Leistung entspricht.

Hat also der vorleistungspflichtige Arbeitnehmer die ersten 20 Tage eines Monats gearbeitet und anschliessend die Arbeit grundlos niedergelegt, so kann der Arbeitgeber, sofern die Arbeitsleistung nachholbar ist und der Arbeitnehmer den Vergütungsanspruch daher nicht verloren hat, am Monatsende $\frac{1}{3}$ des Lohnes zurückhalten. Würde er den ganzen Monatslohn einbehalten, so könnte sich der Arbeitnehmer auf § 320 Abs. II BGB berufen.

Das Gleiche gilt im umgekehrten Fall für den Arbeitnehmer. Dieser kann die Arbeit verweigern, wenn er einen fälligen Lohnanspruch hat, dessen Erfüllung der Arbeitgeber ablehnt. Doch muss er dabei stets die ihm durch die §§ 242, 320 Abs. II BGB gesetzten Grenzen beachten.

Ein Zurückbehaltungsrecht oder besser Leistungsverweigerungsrecht besteht aber überhaupt nicht, wenn es sich lediglich

um ganz geringfügige Differenzen handelt ¹⁾ oder wenn dem Arbeitgeber durch die Ausübung der Einrede ein in keinem Vergleich zu der Forderung stehender Schaden zugefügt wird.²⁾ Das folgt aus der dem Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber obliegenden Treuepflicht, die auch sonst Einschränkungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrags erfordern kann. Zu weit geht in dieser Hinsicht aber Nikisch,³⁾ der dem Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht nur dann gewähren will, wenn der Arbeitgeber schuldhaft mit der Lohnzahlung erheblich im Rückstand ist.

Wird auf Grund des Arbeitsvertrags die Leistung der einen Partei ausnahmsweise erst dann fällig, wenn die andere ihre Leistungspflicht erfüllt hat, so kann sich auch der Vorleistungspflichtige gegenüber der Geltendmachung der Vorleistungspflicht auf den in § 320 Abs. II BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken berufen,⁴⁾ wenn er seine Leistung bis auf einen geringfügigen Rest erbracht hat.

II.

Das BGB regelt zwar nur die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, nicht die Einrede des nicht gehörig oder mangelhaft erfüllten Vertrags. Gleichwohl wird in Rechtsprechung und Literatur ⁵⁾ die mangelhafte Leistung grundsätzlich der

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 204; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 135; LAG Hamm in AP 53 Nr. 117 S. 484.

2) Vgl. Capodistrias in RdA 54, 56 X.

3) Vgl. Nikisch I S. 321.

4) Daß § 320 Abs. II BGB sich nicht nur auf Zug um Zug zu erfüllende Verträge, sondern auch auf solche Verträge bezieht, bei denen eine Partei vorleistungspflichtig ist, ist allgemein anerkannt. Vgl. Lotmar I S. 374; Sigel S. 121; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 614, 10.

5) Vgl. Larenz I S. 153; Enneccerus-Lehmann § 33 I; Sigel S. 121.

nicht bewirkten gleichgestellt und entsprechend der Einrede des nicht erfüllten Vertrags die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags gebildet. Hat der Gläubiger nur mangelhaft erfüllt, so steht letztere dem Schuldner so lange zu, bis die Leistung des Gläubigers in der gehörigen Weise erbracht worden ist. Diese Einrede wird teilweise mittels *argumentum e contrario* aus § 320 Abs. II BGB abgeleitet: Ist von der einen Seite teilweise oder mangelhaft geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen nicht gegen Treu und Glauben verstösst.

Es erhebt sich hier die Frage, ob die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags in diesem Umfang auch auf den Arbeitsvertrag Anwendung findet. Der Arbeitnehmer A hat mit dem Arbeitgeber B einen Arbeitsvertrag abgeschlossen und darin einen monatlichen Lohn von 400.-- DM vereinbart. A erscheint zwar jeden Morgen pünktlich zur Arbeit und arbeitet ununterbrochen bis Arbeitsschluss. Seine Arbeitsleistung ist aber mangelhaft. Ist der Arbeitgeber hier am Monatsende berechtigt, dem Arbeitnehmer seinen Lohn ganz oder teilweise zu verweigern, bis er die Arbeitsleistung vertragsgemäss hergestellt hat? Diese Frage ist zu verneinen.

Denn man kann von einem Arbeitnehmer, der mangelhafte Arbeit geleistet hat, nicht behaupten, er habe nur "teilweise" geleistet. Er hat im Gegenteil vollständig, wenn auch schlecht erfüllt, so dass eine Nachleistung oder Vervollständigung nicht mehr in Frage kommt.¹⁾ "Teilweise" bedeutet im Arbeitsvertragsrecht so viel wie "zeitweise". Ein Arbeitnehmer, der im Monat nur 14 Tage arbeitet, hat teilweise geleistet und der Arbeitgeber kann einen entsprechenden Teil des Monatslohnes zurückbehalten. Leistet er dagegen

1) Vgl. Lotmar II S. 68; Hueck-Nipperdey I S. 215; Kaskel-Dersch S. 170; LAG Stuttgart in AP 1951 Nr. 98 S. 353: Die Einrede aus § 320 setze voraus, dass die Gegenleistung ganz oder teilweise nicht erfüllt sei. Bei Schlechtleistung des Arbeitnehmers sei die Arbeitsleistung zwar mangelhaft, jedoch vollständig. Vgl. auch RAG ARS 6, 609.

während der 30 Tage eines Monats an jedem die ihm zugewiesene Arbeit vollständig, fällt sie aber mangelhaft aus, so kann der Arbeitgeber die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags nicht erheben.

Die in § 320 BGB gewährte Verweigerung der Leistung ist auch nur als dilatorische Einrede gemeint. Wer dagegen einen Teil der Vergütung verweigert, weil die geleistete Arbeit mangelhaft ist, tut das in der Regel peremptorisch, weil eine Nachbesserung meistens nicht in Frage kommt.

Schliesslich spricht bei Zeitlohnverträgen auch noch folgendes Argument gegen die Anwendbarkeit der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags bei mangelhafter Arbeitsleistung: Bei ihnen richtet sich die Höhe des Lohnes lediglich nach der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeitszeit, nicht nach dem von ihm erzielten Arbeitsergebnis. Der Arbeitserfolg oder -misserfolg hat auf die Höhe des Lohnes keinen Einfluss. Gegen diesen Grundsatz würde man aber verstossen, wenn man dem Arbeitgeber das Recht geben wollte, den Lohn zu verweigern, weil die Arbeit mangelhaft ausgefallen ist. Denn eine Nachbesserung kommt in den meisten Fällen nicht in Frage,¹⁾ so dass die Verweigerung des Lohnes praktisch auf eine Minderung der Vergütung hinauslaufen würde. Ganz abgesehen davon enthält das Dienstvertragsrecht auch weder für den Zeitlohn- noch für den Akkordlohnvertrag eine Bestimmung über Lohnminderung bei mangelhafter Arbeitsleistung.²⁾

Wenn es beim Akkordvertrag trotzdem üblich ist und auch im Zweifel dem stillschweigenden Parteiwillen entspricht, dass misslungene Stücke dann nicht bezahlt werden, wenn

1) Vgl. Lotmar II S. 68; Nikisch I S. 267.

2) Vgl. RAG ARS 9, 231; "Die Minderung der Dienstvergütung wegen fehlerhafter Arbeit ist kein gesetzlicher Rechtsbehelf des deutschen Dienstvertragsrechts."

den Arbeiter ein Verschulden trifft,¹⁾ so kann daraus für die Anwendbarkeit der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags auf Akkordarbeitsverträge nichts gefolgert werden. Denn einmal läuft eine solche ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung meistens auf eine endgültige Verweigerung des Lohnes für die misslungenen Stücke hinaus, während die Einrede des § 320 BGB dilatorischer Natur ist. Und zum anderen kann auch bei mangelhafter Arbeitsleistung innerhalb eines Akkordvertrags keine Rede davon sein, dass der Arbeitnehmer nur "teilweise" geleistet habe. "Teilweise" bedeutet vielmehr auch hier so viel wie "zeitweise", da die Arbeitsleistung beim Akkordlohnvertrag ebenso wie beim Zeitlohnvertrag zeitbestimmt, nicht wie beim Werkvertrag erfolgsbestimmt ist.

Abschliessend kann daher festgestellt werden, dass die Einrede des mangelhaft erfüllten Vertrags, wenn man überhaupt glaubt, sie aus § 320 Abs. II BGB herleiten zu können, jedenfalls im Arbeitsrecht keine Anwendung findet.

§ 5. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im Prozess.

I.

Soweit die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden kann,²⁾ treten auch die prozessualen Wirkungen des § 322 Abs. I BGB ein: An sich müsste der Beklagte daher zur Leistung Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung verurteilt werden. Da eine gleichzeitige Bewirkung der Leistungen jedoch praktisch nicht durchführbar ist, muss diesem Umstand auch im Urteil Rechnung getragen werden und gemäss § 242 BGB eine zweckentsprechende Lösung gefunden werden. In Anbetracht dessen, dass eine Partei jedenfalls vorleisten muss, ist

1) Vgl. Nikisch I S. 267; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts IV. Teil S. 165; RAG ARS 9, 235; 6, 608.

2) Vgl. die Ausführungen unter IV u. V des § 3.

bei der nach § 242 BGB zu treffenden Entscheidung zu berücksichtigen, welche Partei ursprünglich hinsichtlich der geforderten und der einredeweise geltend gemachten Leistung vorleistungspflichtig war, wessen Forderung also später fällig geworden ist.

Mußte der Arbeitnehmer vorleisten, so hat die Entscheidung dahin zu lauten, daß der Arbeitgeber verurteilt wird, jeweils am Ende bestimmter Zeitabschnitte, die kürzer zu bemessen sind als der im Arbeitsvertrag vereinbarte lohnmes- sende Zeitabschnitt,¹⁾ z.B. am Ende einer Woche statt ursprünglich eines Monats, nach Bewirkung der Arbeitsleistung einen entsprechenden Teil des Lohnes zu zahlen.

War der Arbeitgeber vorleistungspflichtig, so treten diese Schwierigkeiten meist nicht auf, da die verweigerte Arbeitsleistung in der Regel unmöglich geworden ist und daher nicht nachgeholt werden kann, oder wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers nicht nachgeholt zu werden braucht. Eine Verurteilung des Arbeitnehmers zur Leistung Zug um Zug hat dann die Wirkung, daß der Arbeitgeber den ganzen rückständigen Lohn bei Antritt des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung zahlen muß.

II.

Die Bestimmung des § 322 Abs. II BGB ist Ausfluß des in § 242 BGB enthaltenen Grundsatzes, daß aus einem Verstoß gegen Treu und Glauben Rechte nicht hergeleitet werden können.

Verweigert der Vorleistungsberechtigte die Annahme der Leistung des Vorleistungspflichtigen, so verstößt er aber regelmäßig gegen seine Treuepflicht, insbesondere dann, wenn - was § 322 Abs. II BGB ja voraussetzt ²⁾ - die Fälligkeit seiner eigenen Leistung von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig ist, wenn die Nachleistung ohne Erfüllung der Vor-

1) Denn nur auf diese Weise kommt man einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung am nächsten.

2) Vgl. RG in JW 24, 1141.

leistung nicht verlangt werden kann. Aus diesem Grunde wird eine Klage des Vorleistungspflichtigen auf Leistung in solchen Fällen nicht abgewiesen, sondern es ergeht ein Urteil auf " Leistung nach Empfang der Gegenleistung. " Die Zwangsvollstreckung eines solchen Urteils erfolgt nach § 322 Abs. III in Verbindung mit § 274 Abs. II BGB in der Weise, dass der Kläger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung zwangsweise durchsetzen kann, wenn der Beklagte in Annahmeverzug ist. Hierdurch wird verhindert, dass der Vorleistungsberechtigte den Vorleistungspflichtigen durch Nichtannahme der Gegenleistung mit seiner Leistung beliebig hinhält.

Wendet man diese Grundsätze auf den Arbeitsvertrag an, so ist hier zunächst zu beachten, dass Urteile auf Erfüllung der Arbeitspflicht nach § 888 Abs. II ZPO nicht vollstreckt werden können, so dass derartige Klagen des Arbeitgebers nur sehr selten vorkommen werden.

Auf der anderen Seite ist in diesem Zusammenhang aber § 615 BGB von wesentlicher Bedeutung. Danach kann der Arbeitnehmer bei Annahmeverzug des Arbeitgebers für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Kann also von einer Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers hier keine Rede sein, so wird dieser nicht auf Lohnzahlung nach Empfang der entsprechenden Arbeitsleistung klagen - denn solche Arbeit braucht er gar nicht mehr zu leisten ¹⁾ -, sondern lediglich seinen Lohn verlangen. § 322 Abs. II BGB findet daher keine Anwendung.

§ 6. Die Suspendierung der Vorleistungspflicht bei Vermögensverschlechterung der anderen Partei.

Die Bestimmung des § 321 BGB ist gerade für den Arbeitsvertrag von Bedeutung, weil hier immer eine Partei vor-

1) Vgl. Lotmar II S. 306.

leistungspflichtig ist.

Indes findet § 321 BGB in den Fällen, in denen der Arbeitgeber vorleisten muss, regelmäßig keine Anwendung. Denn wenn in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers eine wesentliche Verschlechterung eintritt, wird hierdurch der Anspruch des Arbeitgebers auf die Gegenleistung, die Arbeit, grundsätzlich nicht gefährdet, da sein Anspruch auf die Arbeitsleistung kein materieller Anspruch ist. Der Arbeitnehmer wird im Gegenteil gerade dann, wenn es ihm wirtschaftlich schlecht geht, arbeiten, weil er auf seinen Lohn angewiesen ist.

Anders ist es jedoch im umgekehrten Fall, in dem der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig ist und der Arbeitgeber nach Abschluss des Vertrags in Vermögensverfall gerät. Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers wird durch eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Arbeitgebers in aller Regel gefährdet, auch wenn der Arbeitnehmer bevorrechtigter Konkursgläubiger ist. Tritt daher bei vereinbarter Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers sowohl eine Vermögensverschlechterung des Arbeitgebers nach Abschluß des Arbeitsvertrags als auch eine dadurch hervorgerufene Gefährdung des Lohnanspruchs des Arbeitnehmers ein, so wird des Arbeitnehmers Vorleistungspflicht suspendiert. Er kann die Arbeitsleistung so lange verweigern, bis ihm die Vergütung gewährt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

Von Seiten der Treuepflicht des Arbeitnehmers bestehen hiergegen keine Bedenken. Denn es kann dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden, die Arbeit zu leisten, auch wenn er keine Aussicht hat, den verdienten Lohn zu erhalten.

Man kann dem vorleistungspflichtigen Arbeitnehmer das Leistungsverweigerungsrecht aber nicht schon dann zusprechen, wenn sein Lohnanspruch infolge einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Arbeitgebers gefährdet ist, die bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrags gegeben war, die der Arbeitnehmer zu die-

sem Zeitpunkt aber weder kannte noch kennen musste.¹⁾ Denn das widerspräche dem klaren Wortlaut des Gesetzes, das das Leistungsverweigerungsrecht nur gewährt, wenn nach Abschluss des Arbeitsvertrags eine Vermögensverschlechterung eingetreten ist.

§ 7. Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung der Arbeitsleistung.

Die Arbeitsleistung kann in dreifacher Weise verletzt werden, nämlich dadurch, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung überhaupt nicht oder verspätet (Nichtleistung) oder mangelhaft (Schlechtleistung) erbringt.²⁾ Wir sprechen dann von Unmöglichkeit, Verzug oder positiver Forderungsverletzung.

I.

Leistet der Arbeitnehmer unbefugt, d.h. ohne berechtigterweise von der Arbeitspflicht befreit zu sein, die Arbeit, zu der er verpflichtet ist, nicht, und beruht die Nichtleistung auf seinem Verschulden, so tritt Verzug oder verschuldete Unmöglichkeit ein.³⁾ Wann im Einzelfall Unmöglichkeit und wann Verzug vorliegt, ist aber sehr umstritten. Ehe ich auf die in den §§ 323 - 327 BGB geregelten Rechtsfolgen von Unmöglichkeit und Verzug eingehe, möchte ich daher zunächst kurz zu der Frage Stellung nehmen, wann überhaupt im Arbeitsrecht Unmöglichkeit und wann Verzug hinsichtlich der Arbeitsleistung gegeben ist.

1.) Zuvor möchte ich einige Beispiele bringen, in denen vorausgesetzt wird, dass die Nichtleistung der Arbeit auf einem Verschulden des Arbeitnehmers beruht.

1) A.A. Capodistrias in RdA 54, 56 IX.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 204; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 138.

3) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 139.

Der Arbeitnehmer A schließt mit dem Arbeitgeber B im Mai 1958 einen Arbeitsvertrag, in dem vereinbart wird, daß A die Arbeit am 1. Juni aufnehmen soll.

- a) A nimmt die Arbeit bei B nicht am 1. Juni, sondern am 10. Juni auf.
- b) A findet vor dem 1. Juni eine besser bezahlte Stelle und nimmt die Arbeit bei B überhaupt nicht auf.
- c) A tritt seine Arbeitsstelle bei B zwar am 1. Juni an, gibt sie aber schon am 30. Juni wieder auf, obwohl sein Arbeitsvertrag auf 6 Monate fest abgeschlossen war.
- d) A erscheint ohne Grund in der Zeit vom 10. bis zum 20. Juni gar nicht zur Arbeit.
- e) A kommt mehrmals hintereinander morgens zu spät zur Arbeit.

2.) Alle diese Fälle haben gemeinsam, daß der Arbeitnehmer die Arbeit während der fraglichen Zeit nicht leistet. Ob nun verschuldete Unmöglichkeit oder Schuldnerverzug des Arbeitnehmers vorliegt, hängt davon ab, ob die Arbeitsleistung nachholbar ist oder nicht.

Da die Leistungszeit nicht nur bei Zeitlohn-, sondern auch bei Akkordlohnverträgen regelmäßig derart wesentlicher Bestandteil der Arbeitspflicht ist, daß eine Erfüllung zu anderer Zeit überhaupt nicht möglich ist, die Vornahme der Arbeitsleistung gerade zu dem vereinbarten Zeitpunkt bzw. innerhalb der bestimmten Zeitspanne also ein Teil der Arbeitsleistung selbst und diese daher absolute Fixschuld ist, kann die Arbeit bei Versäumung der für sie vorgesehenen Leistungszeit später nicht mehr nachgeholt werden. Es müssen vielmehr schon immer wieder neue Arbeitsleistungen erbracht werden, so daß bei schuldhafter Nichtleistung der

Arbeit meistens verschuldete Unmöglichkeit eintritt.¹⁾

Nur wenn die Arbeitszeit ausnahmsweise nicht wesentlicher Bestandteil der Arbeitspflicht ist und sich eine Unmöglichkeit der Nachholung versäumter Arbeitsleistung auch nicht aus anderen Umständen (beispielsweise aus den Bestimmungen der AZO) ergibt, kommt der Arbeitnehmer in Verzug, wenn er die Arbeitsleistung nicht erbringt.

3.) Im Gegensatz zur hier vertretenen wohl herrschenden Meinung hält Hueck²⁾ bei Nichtleistung der Arbeit, sofern sie vom Arbeitnehmer zu vertreten ist, stets Schuldnerverzug für gegeben, steht aber auf dem Standpunkt, dass dieser Unmöglichkeit herbeiführe. Er räumt zwar ein, es sei richtig, dass eine Nachholung der ausgefallenen Arbeit meist nicht möglich sei. Immerhin sei aber zur Zeit der Nichtleistung die Arbeit durchaus möglich gewesen, und der Arbeitnehmer sei jederzeit in der Lage, die Arbeit wieder aufzunehmen. Die Unmöglichkeit trete also erst während des Verzugs § 287 Satz 2 BGB und nur für die Dauer desselben ein. Insoweit erscheine es natürlicher, von Verzug zu sprechen.

Es wird hier zugegeben, dass die Arbeitsleistung im Augen-

1) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 139; Schnorr von Carolsfeld S. 163, 225, 329; Kaskel-Dersch S. 162, 170; vgl. auch Nikisch I S. 242, 244 und derselbe in der Festschrift für Nipperdey 1955 S. 79 VIII, 80, nach dessen Ansicht eine nach den §§ 323 ff. BGB zu beurteilende Unmöglichkeit aber nur in den Fällen eintritt, in denen eine Verletzung der Dienstpflicht vorliegt, weil nur sie zu der Lohnzahlungspflicht in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis steht. Eine Verletzung der Dienstpflicht ist aber nur dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer entweder seine Stellung nicht oder nicht rechtzeitig antritt oder vorzeitig, nämlich vor Ablauf der Vertragszeit ohne rechtlich anerkannten Grund aufgibt. In allen übrigen Fällen handelt es sich dagegen um eine Verletzung der Arbeitspflicht, und zwar insbesondere auch dann, wenn der Arbeitnehmer ohne Entschuldigungsgrund nicht oder nicht pünktlich zur Arbeit erscheint. (Vgl. Nikisch I S. 266 und Maus, Handbuch des Arbeitsrechts IV. Teil S. 23).

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 204 Anm. 1; so auch Sigel S. 73; Der Leistungsverzug habe stets bezüglich der Zeit, innerhalb welcher der Arbeiter im Verzug ist, Unmöglichkeit der Leistung zur Folge. Ebenso Oertmann, S. 130.

blick der Nichtleistung an sich hätte bewirkt werden können und daher möglich gewesen ist. Das allein genügt aber nicht, um von Verzug sprechen zu können. Wesentlich für die Frage, ob Verzug oder Unmöglichkeit vorliegt, ist m.E. vielmehr, ob die Leistung in dem Moment, in dem sie nicht erbracht wird und der Verzug daher frühestens eintreten könnte, trotz der nicht rechtzeitigen Bewirkung später nachholbar, möglich bleibt.¹⁾ Nur bei Nachholbarkeit der Arbeitsleistung kann von Verzug gesprochen werden. Tritt dann nach Eintritt des Schuldnerverzugs Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ein, so liegt ein Fall des § 287 Satz 2 BGB vor. Ist aber ein bestimmter Zeitpunkt für die Arbeitsleistung wesentlich, so kann diese nicht mehr nachgeleistet werden. Mit seiner Versäumung tritt vielmehr notwendig die objektive Unmöglichkeit der Leistung schon im Zeitpunkt der Nichtleistung der Arbeit ein.

4.) In den unter 1.) a - e gebrachten Beispielen kommt es für die Frage, ob Unmöglichkeit oder Verzug eintritt, also stets darauf an, ob die Arbeitsleistung nachholbar bleibt oder nicht. - Obwohl im Falle 1 e) noch am ehesten die Möglichkeit besteht, die Arbeitsleistung später nachzuholen, treten doch auch hier vielfach Schwierigkeiten auf, sei es, dass der Arbeitnehmer an einer Maschine arbeitet, deren Inbetriebsetzung nur während der Arbeitszeit der übrigen Arbeitnehmer von Nutzen ist, sei es, daß die AZO der Nachholung der Arbeitsleistung durch Einlegung von Überstunden entgegensteht, sei es auch aus anderen Gründen. Gerade an diesem Beispiel wird klar, dass es immer von den Umständen des konkreten Falles abhängt, ob bei Nichtleistung von Arbeit Unmöglichkeit oder Verzug eintritt.

Da jedoch die Rechtsfolgen von Unmöglichkeit und Verzug im wesentlichen dieselben sind, hat Hueck²⁾ Recht, wenn er sagt, dass das Problem: Unmöglichkeit oder Verzug? eine mehr theoretische Streitfrage sei.

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 51 I.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 205.

II.

Der Nichtleistung der Arbeit wurde oben schon die Schlechtleistung der Arbeit gegenübergestellt. Unter Schlechtleistung oder positiver Forderungsverletzung versteht man im allgemeinen jede vom Schuldner zu vertretende Leistungsstörung, die weder Unmöglichkeit der Leistung noch Verzug zur Folge hat. Im Arbeitsvertragsrecht sind die Fälle, die unter den Begriff "Schlechtleistung" fallen, sehr verschiedener Art. Von Schlechtleistung spricht man nämlich nicht nur, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit selbst schlecht ausführt, sondern auch dann, wenn er schuldhafterweise Arbeitsgeräte, Werkzeuge, Maschinen oder Stoffe, die der Arbeitgeber ihm zur Verfügung gestellt hat, beschädigt oder zerstört, wenn er schuldhaft zu langsam oder zu flüchtig arbeitet, kurzum bei allen "den Arbeitgeber irgendwie schädigenden Handlungen, die der Arbeitnehmer in Erfüllung seiner Arbeitspflicht vornimmt."¹⁾

III.

Bevor nun auf die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen eingegangen wird, muss noch darauf hingewiesen werden, dass es allein Aufgabe dieser Arbeit ist, zu untersuchen, inwieweit die Vorschriften über gegenseitige Verträge auf den Arbeitsvertrag Anwendung finden können, und zwar insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich beim Arbeitsvertrag nicht um einen rein vermögensrechtlichen Austauschvertrag, sondern um einen gegenseitigen Vertrag mit besonderer personenrechtlicher Bindung der Parteien handelt. Es würde daher über den Rahmen des Themas hinausgehen, wenn hier, wie dies im Schrifttum allgemein geschieht, im Anschluss an § 323 BGB die Lehre vom Betriebsrisiko erörtert würde, zumal die Frage, wer das sogenannte Betriebsrisiko zu tragen

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 208, Nikisch I S. 226; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 144.

hat, heute weder über § 323 BGB noch über § 615 BGB gelöst wird.¹⁾ Aus diesem Grunde wird davon abgesehen, bei der Erörterung des § 323 BGB die Fälle zu behandeln, die unter den Begriff des "Betriebsrisikos" fallen, bei denen "der Beschäftigte zwar zur Leistung der Dienste bereit und imstande ist, der Unternehmer aber ohne sein Verschulden, infolge eines äusseren auf den Betrieb einwirkenden Umstands, gehindert ist, die angebotenen Dienste zu verwenden," wie z.B. bei Störungen betriebstechnischer Art oder Naturereignissen.²⁾

§ 8. Nachträgliches, von keiner Partei zu vertretendes Unmöglichwerden der Arbeitsleistung.

Beiderseits nicht zu vertretendes Unmöglichwerden der Leistung kann - wie später noch zu zeigen sein wird - in aller Regel nur auf Seiten des Arbeitnehmers vorkommen. Deshalb wird hier in erster Linie die von keiner Seite zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung dargestellt.

I.

Nachträglich eintretende objektive oder subjektive Unmöglichkeit der Arbeitsleistung befreit den Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht. (§ 275 BGB). Ist die Unmöglichkeit weder von ihm noch vom Arbeitgeber zu vertreten, so verliert er nach § 323 BGB gleichzeitig seinen Lohnanspruch.³⁾

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 147 III 2.

2) Vgl. RAG ARS 41, 43/8.

3) Vgl. Lotmar II S. 191; Hueck-Nipperdey I S. 201; Kaskel-Dersch S. 163; Schnorr von Carolsfeld S. 207; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 129, 252; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts IV. Teil S. 86; vgl. auch Nikisch I S. 243, nach dessen Ansicht der Lohn aber nicht für die Arbeitsleistung, sondern dafür, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, geschuldet wird (S.280); RAG ARS 8, 185.

Dieser Grundsatz der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung (Arbeit und Lohn) hat auch im heutigen Arbeitsrecht noch seine Geltung. Denn es kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Lohnanspruch grundsätzlich auch heute noch die Leistung von Arbeit voraussetzt, dass die Vergütung in erster Linie Entgelt für geleistete Arbeit ist, selbst wenn sie sich bei Dauerarbeitsverhältnissen einer Unterhaltsgewährung nähert.¹⁾ Daran hat die stärkere Betonung des personenrechtlichen Elements im Arbeitsvertrag grundsätzlich nichts geändert. Es gilt daher immer noch der Satz: " Ohne Arbeit kein Lohn ".²⁾

In Abweichung von diesem Grundsatz hat das Gesetz aber aus sozialen Gründen eine Reihe Ausnahmen geschaffen, die Einfluss des personenrechtlichen Elements im Arbeitsverhältnis sind, d.h. auf der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beruhen.³⁾ In ihnen hat es dem Arbeitnehmer, der zur Sicherung seines und seiner Familie Lebensunterhalt auf den Arbeitslohn angewiesen ist und deshalb einer gewissen Begünstigung selbst auf Kosten des Arbeitgebers bedarf, unter besonderen Voraussetzungen trotz Nichtleistung der Arbeit den Lohnanspruch zugebilligt. Um zu zeigen, in welchen Fällen § 323 BGB überhaupt noch von Bedeutung ist, ist es daher notwendig, zunächst kurz diese Ausnahmen darzustellen.

1) Vgl. Larenz II S. 172; Nikisch I S. 281; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts IV. Teil S. 62; RGZ 148, 91.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 298; Kaskel-Dersch S. 162; vgl. ferner Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 249 und Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 614, 24, der diesen Grundsatz aus § 614 BGB ableiten will: § 614 BGB enthalte nicht nur eine Regel für die Zeit der Vergütungszahlung, sondern spreche auch das Prinzip aus, dass der Lohnanspruch nur für geleistete Arbeit gegeben sei. Vgl. jetzt auch Beschluss des grossen Senats des BAG vom 17.12.1959 in NJW 60, 740.

3) Vgl. BGH in NJW 56, 1473.

II.

1.) Für alle Arbeitnehmer enthält § 616 Abs. I BGB eine solche Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung. Auf Grund dieser Bestimmung verliert der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch nicht dadurch, dass er für eine verhältnismässig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert wird. Doch darf die Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung erst nach Abschluss des Arbeitsvertrages eingetreten sein; bei ursprünglicher subjektiver Unmöglichkeit ist ein Anspruch des Beschäftigten auf Lohnzahlung daher nicht gegeben.¹⁾ Es ist aber gleichgültig, ob der Arbeitnehmer die schon begonnene Arbeit einstellen muss oder die Arbeit gar nicht aufnehmen kann. Die Unmöglichkeit braucht also nicht erst nach Aufnahme der Arbeit eingetreten zu sein.²⁾

§ 616 Abs. I BGB. gilt vor allen Dingen bei Krankheit des Arbeitnehmers, bei schwerer Krankheit oder Tod eines nahen Familienangehörigen, bei Bekleidung eines öffentlichen Amtes durch den Arbeitnehmer (er wird z.B. Schöffe oder Geschworener), bei Ladung als Zeuge oder Sachverständiger vor Gericht, bei Erfüllung notwendiger religiöser Pflichten³⁾ und in ähnlichen Fällen, sofern die Arbeitsverhinde-

1) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 251.

2) Vgl. Denecke in BB 1951, 59 unter 2.); Maus, Handbuch des Arbeitsrechts IV. Teil S. 86; RAG ARS 38, 145; Niskisch I S. 244 hält es dagegen für zweifelhaft, ob diese Vorschriften auch gelten sollen, wenn der Arbeitnehmer seine Stellung noch nicht angetreten hatte, wie die h.L. annimmt.

3) In den zuletzt genannten Fällen liegt zwar streng genommen keine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vor. Doch wird die Nichtzumutbarkeit hinsichtlich der Erfüllung der Arbeitspflicht, die vorliegt, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit zwar leisten könnte, diese aber derart erschwert ist, dass sie ihm ohne sein Verschulden nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, weil das Schuldnerinteresse höherwertig als das Gläubigerinteresse ist, rechtlich wie die Unmöglichkeit behandelt. Vgl. hierzu Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 132; Kaskel-Dersch S.164.

rung eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit nicht überschreitet.

Die Bedeutung dieser Einschränkung ist allerdings neuerlich wieder sehr umstritten. Es würde aber über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen, hier im einzelnen auf die Frage einzugehen, ob der Arbeitnehmer in den Fällen, in denen er eine verhältnismäßig erhebliche Zeit an der Arbeitsleistung verhindert ist, wenigstens für die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit seinen Lohn verlangen kann. M.E. hat der Arbeitnehmer in solchen Fällen de lege lata keinen Lohnanspruch, wenn ich auch nicht verkenne, dass dieses Ergebnis sozial unbefriedigend ist, weil ein Arbeitnehmer, der für längere Zeit erkrankt, ohnehin von der Krankheit und ihren Folgen erheblich schwerer betroffen wird und der Fürsorge des Arbeitgebers daher mehr bedarf als der Arbeiter, der nur vorübergehend arbeitsunfähig ist. Dieses Ergebnis entspricht aber allein dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 616 BGB, von dem besonders die Rechtsprechung nicht ohne Änderung des Gesetzes abweichen darf.¹⁾

1) Wie hier Lotmar II S. 201; Hueck-Nipperdey I S. 307; Nikisch I S. 507; Schnorr von Carolsfeld S. 210; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 129; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 616, 21; Enneccerus-Lehmann § 147 I 1 a; RAG ARS 6, 589; 8, 184; 36, 171; 38, 139/145; 40, 221; 46, 247; LAG Hamm in AP 1952 Nr. 146 S. 136; LAG Hannover in AP 1953 Nr. 27 S. 115; OLG Braunschweig in AP 1953 Nr. 180; LAG Mannheim in AR-Blattei, Arbeitsausfall IV, Entscheidungen 4 (= BB 54, 193) im Gegensatz zu seiner Entscheidung LAG Mannheim in AR-Blattei, Arbeitsausfall IV, Entscheidungen 1 (= BB 1951, 473); a.A. Kaskel-Dersch S. 164/5; Denecke in seinem Gutachten in BB 1951, 58 und Palandt-Gramm § 616, 2 im Anschluß an das Urteil des BAG vom 24. 2. 1955 in AP § 616 Nr. 2, wo es u.a. ausführt, allein schon der Gesichtspunkt des Fürsorgegedankens schlechthin müsse ebenfalls dazu führen, die Rechtsprechung des RAG aufzugeben. Dabei verkennt das BAG aber m.E., dass die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für sich allein noch nicht Quelle vermögensrechtlicher Ansprüche sein kann. So jetzt auch der Beschluss des großen Senats des BAG vom 18. 12. 1959 in NJW 60, 743, in dem es heißt, daß, wenn ein Anspruch ausdrücklich gesetzlich geregelt sei, der Gedanke der Fürsorgepflicht allein nicht einen Anspruch auf darüber hinausgehende soziale Leistungen begründen könne.

Auch der Vergütungsanspruch eines Angestellten entfällt bei Dienstverhinderung von erheblicher Dauer ganz.¹⁾ In § 616 Abs. II BGB legt das Gesetz lediglich fest, was bei Angestellten als verhältnismäßig nicht erhebliche Dauer anzusehen ist. Es wird dagegen nicht bestimmt, daß den Angestellten des BGB ein Gehaltsanspruch für sechs Wochen auch dann zustehe, wenn sie länger als sechs Wochen unverschuldet an der Dienstleistung verhindert sind. Andernfalls hätte Abs. II genauso wie § 63 Abs. I HGB und § 133 c Abs. II GewO. dahin lauten müssen, dass bei Krankheit der Anspruch auf Gehalt bis zur Dauer von sechs Wochen fortbestehe.

Zwar vertritt das BAG in seinem Beschluss des großen Senats vom 18. 12. 1959²⁾ bei nicht auf Krankheit beruhender Arbeitsverhinderung ebenfalls die Ansicht, dass die Worte " für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit " im Hauptsatz stehen und auf den Vergütungsanspruch bezogen werden müssten, wenn das Gesetz hätte zum Ausdruck bringen wollen, dass die Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers auch bei verhältnismäßig erheblicher Dauer der Arbeitsverhinderung bestehen solle. Für den Fall der unverschuldeten Erkrankung eines unter § 616 BGB fallenden Angestellten stellt es aber im zweiten Teil seines Beschlusses fest, dass durch die Neufassung des § 189 RVO und durch die Ergänzungen des § 616 BGB auf Grund der Notverordnungen vom 1. 12. 1930 und 5. 6. 1931 eine Änderung des bisherigen Sinnes der Bestimmung eingetreten sei, so dass ein Angestellter auch bei längerer Krankheitsdauer Anspruch auf Gehalt für sechs Wochen habe, Da das Gesetz jedoch keine derartige Differenzierung zwischen der Krankheit eines An-

1) A.A. BAG in AP § 616 Nr. 2; ferner der Beschluß des großen Senats des BAG vom 18. 12. 1959 in NJW 60, 741, für den Fall unverschuldeter Erkrankung eines Angestellten, dagegen nicht bei den sonstigen Fällen unverschuldeter Arbeitsverhinderung.

2) Vgl. NJW 60, 742.

gestellten und den sonstigen Fällen von Arbeitsverhinderung trifft, der Wortlaut des § 616 BGB vielmehr eindeutig ist, ist die Entscheidung des BAG m.E. mit dem geltenden Recht nicht vereinbar.

2.) Für krankenversicherungspflichtige Arbeiter hat das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom 26.6.1957 aber eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz des § 323 BGB geschaffen. Denn nach § 1 dieses Gesetzes hat ein Arbeiter, der vier Wochen ununterbrochen bei demselben Arbeitgeber beschäftigt war, bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung infolge Krankheit gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Zahlung eines Zuschusses zu den Leistungen aus der gesetzlichen Kranken- oder Unfallversicherung, bis zu einer Dauer der Arbeitsunfähigkeit von sechs Wochen.

Da bei unverschuldeter Krankheit eines krankenversicherungspflichtigen Arbeiters in der Entgeltfrage ausschliesslich dieses Gesetz gilt, findet § 616 BGB insoweit keine Anwendung mehr.¹⁾ Für die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zuschussleistung zum Kranken- und Unfallgeld ist es daher ohne Bedeutung, ob die Krankheit lediglich eine verhältnismässig nicht erhebliche Zeit oder länger dauert.

3.) Neben der allgemeinen Bestimmung des § 616 BGB haben auch einige Sondergesetze positive Bestimmungen über die Fortzahlung des Lohnes für eine bestimmte Zeit nach Eintritt der Unmöglichkeit an die ihren Vorschriften unterliegenden Arbeitnehmer geschaffen.

a) Zunächst ist hier für kaufmännische Angestellte § 63 HGB zu nennen. Einerseits enthält er eine Einschränkung des § 616 Abs. I BGB insofern, als er voraussetzt, dass der Hand-

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 970; RGR-Komm. § 616, 1 und neuerdings insbesondere die Entscheidungen des grossen Senats des BAG vom 17.12.1959 in NJW 60, 738 und vom 18.12.1959 in NJW 60, 741 im Gegensatz zur Entscheidung des BAG in NJW 1959, 1460.

lungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert wird. Auf der anderen Seite stellt er aber auch eine Erweiterung des § 616 BGB dar, da der Anspruch auf Gehalt und Unterhalt nicht auf eine verhältnismässig nicht erhebliche Zeit beschränkt ist, sondern in jedem Fall für die Dauer von sechs Wochen besteht. Soweit die Spezialvorschrift des § 63 HGB keine Anwendung findet, gilt auch für kaufmännische Angestellte die allgemeine Bestimmung des § 616 BGB.

b) Als weitere Ausnahme von § 323 BGB ist § 133 c Abs. II GewO. zu nennen, der für die in § 133 a GewO. genannten gewerblichen Angestellten wie z.B. Betriebsbeamte und Werkmeister bestimmt, dass der Anspruch auf die vertragsmässigen Leistungen des Arbeitgebers für die Dauer von sechs Wochen bestehen bleibt, wenn die Verrichtung der Dienste durch unverschuldetes Unglück verhindert worden ist.

c) Schliesslich sei auch noch auf die Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes hingewiesen. Nach § 12 dieses Gesetzes ist den werdenden Müttern, die nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert sind, während der letzten sechs bzw. vier Wochen vor und der ersten sechs bzw. acht bzw. zwölf Wochen nach der Niederkunft das regelmässige Arbeitsentgelt vom Arbeitgeber weiterzugewähren, obwohl sie in dieser Zeit nicht beschäftigt werden dürfen.

III.

Um nun auf die eingangs gestellte Frage zurückzukommen, wann § 323 BGB - positiv ausgedrückt - im Arbeitsvertragsrecht Anwendung findet, kann jetzt folgendes festgestellt werden:

§ 323 BGB kommt in allen den Fällen zum Zuge, in denen die Voraussetzungen der unter II erörterten Vorschriften nicht

gegeben sind.¹⁾ Denn die erwähnten Bestimmungen sind lediglich auf sozialpolitischen Erwägungen beruhende, der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers entspringende Abweichungen von dem an sich massgebenden Prinzip der Abhängigkeit von Arbeit und Lohn. § 323 BGB steht also zu den Bestimmungen der §§ 616 BGB, 63 HGB und 133 c Abs. II GewO. im Verhältnis von Regel und Ausnahmen.²⁾ Da aber nach einem allgemeinen Grundsatz die Regel gilt, wenn die Ausnahmen nicht Platz greifen, kommt § 323 BGB immer zum Zuge, wenn die Voraussetzungen für die Ausnahmen nicht erfüllt sind. Dafür bedarf es keines "armseligen" Umkehrschlusses, wie das LAG Mannheim³⁾ meint, da für eine Auslegung hier kein Raum ist.

Der Arbeitnehmer verliert seinen Lohnanspruch nach § 323 BGB also einmal stets dann, wenn zwar einige, aber nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale der oben erörterten Ausnahmebestimmungen erfüllt sind; beispielsweise wenn der Arbeitnehmer länger als eine verhältnismässig (d.h. im Verhältnis zu der vertragsmässigen Dauer des Arbeitsverhältnisses) nicht erhebliche Zeit an der Arbeitsleistung verhindert ist.⁴⁾ - Zum anderen werden von § 323 BGB aber auch alle diejenigen Fälle erfasst, in denen eine von keiner Seite zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eintritt, die jeweils mehrere oder alle Arbeitnehmer eines Betriebes

1) Schnorr von Carolsfeld S. 221; LAG Hannover in AP 1953 Nr. 27 S. 117 a.E.

2) Vgl. Nikisch S. 502; RAG ARS 8, 185; LAG Hannover in AP 1953 Nr. 27 S. 117; a.A. RAG ARS 40, 286: Weil das Arbeitsverhältnis als ein vorwiegend personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis nicht den Rechtsregeln des BGB über den gegenseitigen Vertrag unterstehe, könne § 616 Abs. I BGB für das Arbeitsverhältnis nicht mehr als eine Ausnahme von der Bestimmung des § 323 BGB gelten. Im Ergebnis ebenso BAG in AP § 616 Nr. 2.

3) Vgl. AR-Blattei, Arbeitsausfall IV, Entscheidungen 1.

4) Zu der Problematik dieses Falles vgl. die Ausführungen unter II 1).

gleichermaßen trifft, sei es dass sie wegen innerer Unruhen nicht arbeiten können, sei es dass sie ihren Betrieb infolge einer Naturkatastrophe, beispielsweise einer Überschwemmung, nicht erreichen können,¹⁾ sei es dass Verkehrsstörungen eintreten, die stundenlange Verspätungen zur Folge haben. In sämtlichen Fällen verlieren die Arbeitnehmer ihren Lohnanspruch für die infolge der Nichtleistung unmöglich gewordene Arbeit.²⁾

Dabei ist zu bedenken, dass trotz Anwendung des § 323 BGB keine einseitige Belastung des Arbeitnehmers stattfindet. Denn wenn keine Arbeit geleistet wird, erhält der Arbeitnehmer zwar keinen Lohn, dem Arbeitgeber werden aber auch keine Werte geschaffen, während ihm selbstverständlich das Risiko der Verzinsung sowohl wie die Pflege der Fabrikationsanlagen obliegt,³⁾ und auch der Ausfall der Produktion, die Versäumung von Lieferfristen, die Stornierung von Aufträgen usw. zu seinen Lasten geht. Aus diesem Grunde kann dem Arbeitgeber selbst auf Grund allgemeiner Billigkeitserwägungen nicht zugemutet werden, den Lohn trotz Nichtleistung der Arbeit weiter zu zahlen.

Schliesslich wird die Anwendbarkeit des § 323 BGB auch nicht durch die Kündigungsbestimmung des § 626 BGB ausgeschlossen. Denn die Rechtsbehelfe aus § 323 BGB heben den Vertrag nicht in dem Sinne rückwirkend auf, dass sie nicht

1) Nicht hierher gehören einmal die Fälle, in denen nur ein Arbeitnehmer von dem Naturereignis z.B. Feuer betroffen wird und es gleichsam ein persönlicher Grund ist, der den Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung hindert. Denn hier wendet die h.M. mit Recht § 616 BGB an (so Hueck-Nipperdey I S. 302 Anm. 21; Nikisch I S. 503 Anm. 6). Auf der anderen Seite müssen hiervon aber auch die Fälle unterschieden werden, in denen der Betrieb selbst von einem Naturereignis lahmgelegt wird (vgl. Enneccerus-Lehmann § 147 III 2.), so dass der Arbeitgeber gehindert ist, die angebotenen Dienste der Arbeitnehmer zu verwenden (Betriebsrisiko).

2) Vgl. Nikisch I S. 504.

3) Vgl. Schnorr von Carolsfeld S. 221.

neben einem etwaigen Kündigungsrecht bestehen könnten.¹⁾
Vielmehr regeln beide Bestimmungen völlig verschiedene Rechtsfolgen, so dass nicht die Rede davon sein kann, dass § 626 BGB als *lex specialis* vorgehe, wie etwa im Verhältnis von § 626 BGB zu den §§ 325, 326 BGB, da Rücktritt und Kündigung, abgesehen von der *ex-tunc*-Wirkung des Rücktritts, im wesentlichen gleich sind.

IV.

Gemäss § 323 Abs. I 2. Halbsatz mindert sich die dem Arbeitnehmer zustehende Vergütung bei teilweiser, d.h. zeitweiser Unmöglichkeit nach Massgabe der §§ 472, 473 BGB. Das bedeutet, dass an sich der Wert der ganzen Arbeitsleistung und der Wert des dem Arbeitnehmer möglich gebliebenen Teils in Verhältnis gesetzt und die vertragsmässige Vergütung des Arbeitnehmers entsprechend herabgesetzt werden müsste (§ 472 BGB).²⁾

Da sich der Wert der Arbeitsleistung aber üblicherweise, besonders, soweit Tarifverträge vorhanden sind, nach der Höhe des Lohnes richtet,³⁾ der Wert des dem Arbeitnehmer möglich gebliebenen Teils also gerade von dem hierfür verdienten Lohn abhängig ist, kann ein Verhältnis hier nicht gebildet werden. § 472 BGB, der auf Sachleistungen zugeschnitten ist, führt daher im Arbeitsrecht in der Regel zu keinem Ergebnis. Dabei kommt noch hinzu, dass eine Minderung nach § 472 BGB bei Stunden- und Akkordlöhnern schon aus dem Grunde nicht möglich ist, weil sie sich auf eine im Voraus, durch den Vertrag bestimmte Grösse der Gegenlei-

1) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 141; RGZ 92, 177 in Übereinstimmung mit dem KG in JW 1918, 274; RAG ARS 22, 213; vgl. ferner die Entscheidung RGZ 158, 326, die das gleiche Problem beim Gesellschaftsvertrag behandelt.

2) Vgl. JW 1918, 274.

3) Vgl. § 346 BGB, der den Wert der Arbeit dem für sie bedungenen Entgelt gleichstellt. Vgl. auch Lotmar II S. 191.

stung bezieht, während hier der Umfang des geschuldeten Lohnes erst durch den Vollzug der Arbeitsleistung festgestellt wird.¹⁾

Da sich jedoch gerade im Arbeitsrecht die Höhe des bei teilweiser Unmöglichkeit zu zahlenden Lohnes viel einfacher berechnen lässt, ergeben sich aus der Unanwendbarkeit des § 472 BGB keine Schwierigkeiten.

Entweder bekommt der Arbeitnehmer, wie wohl die Mehrzahl der Arbeiter, einen bestimmten Stunden- oder Wochenlohn, oder er erhält ein festes Monatsgehalt, wie es bei Angestellten üblich ist. Wird nun einem Arbeiter mit Stundenlohn die Arbeit teilweise, d.h. zeitweise unmöglich, ohne dass die Unmöglichkeit von ihm selbst oder vom Arbeitgeber zu vertreten ist, so wird die Höhe des vom Arbeitgeber geschuldeten Lohnes nach der Anzahl der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeitsstunden berechnet. Dabei werden die Tage, an denen er keine Arbeit geleistet hat, von selbst nicht berücksichtigt. Dem Arbeitnehmer werden eben nur die von ihm geleisteten Arbeitsstunden vergütet.

Dasselbe gilt auch für Akkordarbeiter, nur mit dem Unterschied, dass sich die Höhe des Lohnes hier nicht nach der Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden, sondern wie z.B. beim Stückakkord nach der Anzahl der vom Arbeitnehmer abgelieferten Arbeitsstücke berechnet.

Ist im Arbeitsvertrag ein bestimmter Wochenlohn oder ein Monatsgehalt vereinbart worden, so wird die Vergütung in dem Verhältnis herabgesetzt, in dem der volle zu entlohnende Zeitabschnitt zu dem vom Arbeitnehmer nicht ausgenutzten Zeitabschnitt steht. Die Minderung der Vergütung erfolgt hier also pro rata temporis. Zu beachten ist aber dabei, dass der Arbeitslohn im Verhältnis der Arbeitstage innerhalb dieser Zeiträume gekürzt werden muss, damit auch

1) Vgl. Lotmar II S. 191.

die Feiertage prozentual eine Aufteilung erfahren.¹⁾

V.

Versteht man auch im allgemeinen unter dem Begriff "Gegenstand" nur Sachen und Rechte oder kürzer gesagt, alle Rechtsobjekte und kann die Arbeitsleistung daher eigentlich nicht als "Gegenstand" bezeichnet werden, so ist doch zu berücksichtigen, dass der Ausdruck nicht immer im streng technischen Sinne verwendet wird, da er auch bei Verpflichtungsgeschäften, obwohl sie keine direkte Beziehung zu dem "Gegenstand" begründen, häufig gebraucht wird.²⁾

Auch bei § 323 Abs. II BGB kann davon ausgegangen werden, dass der Begriff "Gegenstand" nicht im streng technischen Sinne eines Rechtsobjekts gebraucht worden ist, sondern die Arbeitsleistung ebenfalls betrifft,³⁾ da er in dem Abschnitt über "Gegenseitige Verträge", also im Zusammenhang mit Verpflichtungsgeschäften, verwendet wird.

Der Wortlaut dieser Bestimmung spricht mithin nicht gegen seine Anwendbarkeit auf den Arbeitsvertrag. Doch hat die Vorschrift aus anderen Gründen im Arbeitsrecht keine Bedeutung. Folgender Fall soll das veranschaulichen:

Der Arbeitnehmer A wird auf dem Wege zur Arbeit ohne sein Verschulden infolge grober Fahrlässigkeit eines Autofahrers überfahren und schwer verletzt. Er muss über drei Monate im Krankenhaus liegen und kommt anschliessend zu einer sechswöchigen Erholungskur fort. Nach fünf Monaten ist er schliesslich so weit wieder hergestellt, dass er seine Arbeit wieder aufnehmen kann.

Da § 616 BGB keine Anwendung findet, weil die Dauer der Arbeitsverhinderung eine verhältnismässig nicht erhebliche Zeit weit überschreitet, verliert A gemäss § 323 BGB während dieser Zeit seinen Lohnanspruch. Auf Grund der §§ 823

1) Vgl. Schnorr von Carolsfeld S. 207/8.

2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey I. Halbband § 121 I.

3) Vgl. auch Lotmar II S. 212 für § 281 BGB.

Abs. I und II, 847 BGB und §§ 7 Abs. I, 11 StVG kann A aber von dem Fahrer und dem Halter des Wagens Schadensersatz verlangen, und zwar nicht nur für den durch den Verkehrsunfall unmittelbar entstandenen Schaden wie die Heil-, Pflege- und Kurkosten, sondern auch für den entgangenen Arbeitslohn. Für diesen und nicht für die dem Arbeitnehmer durch den Verkehrsunfall unmöglich gewordene Arbeitsleistung wird der Ersatz deshalb geleistet, weil der eigentliche Schaden für den Verletzten darin besteht, dass er keinen Lohn bekommt, nicht darin, dass ihm die Arbeitsleistung unmöglich geworden ist, obwohl letzteres natürlich Voraussetzung für die Nichtzahlung des Lohnes ist. Solange sich aber die Höhe des Schadensersatzes nach der Höhe des Lohnes bestimmt, den der Verletzte verdient hätte, wenn er hätte arbeiten können, ist es - abgesehen davon, dass der Schadensersatz nicht "für den geschuldeten Gegenstand" (= die Arbeitsleistung) im Sinne des § 323 Abs. II. BGB, sondern für den entgangenen Lohn bezahlt wird - , wenig sinnvoll, wenn der Arbeitgeber Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs vom Arbeitnehmer verlangt, und gleichzeitig nach § 323 Abs. II BGB in derselben Höhe Lohn an den Arbeitnehmer zahlt.¹⁾ § 323 Abs. II BGB hat beim Arbeitsvertrag daher keine praktische Bedeutung.

Sinnvoll ist das Herausgabeverlangen des Arbeitgebers nur, wenn er während der ganzen Dauer der Arbeitsunfähigkeit den Lohn freiwillig oder in Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung (§ 616 BGB) an den Arbeitnehmer weiter gezahlt hat und dieser ausserdem noch Schadensersatz bekommt.²⁾

1) Vgl. Lotmar II S. 187, 191/2: Wenn der Ersatz bestenfalls dem Wert der Arbeitsleistung gleichkomme und mit der Gegenleistung übereinkomme, so sei nicht abzusehen, was den Arbeitgeber bewegen sollte, seine Gegenleistung ohne die Reduktion wegen Unterzeit zu machen, um dafür einen gleichwertigen Ersatz einzutauschen.

2) Vgl. BGHZ in NJW 1956, 1473.

Freilich ist das kein Fall des § 323 Abs. II BGB, der lediglich bestimmt, welche Folgen eintreten, wenn der Arbeitgeber, ohne den Lohn gezahlt zu haben, Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs nach § 281 BGB verlangt, der aber nichts darüber sagt, ob und von wem der Arbeitgeber Ersatz verlangen kann, wenn er den Lohn weiter gezahlt hat, ohne dazu verpflichtet zu sein.¹⁾

§ 9. Nachträgliche, vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung.

I.

Im Rahmen dieser Arbeit bereitet die Prüfung des § 324 Abs. I BGB hinsichtlich seiner Anwendbarkeit auf den Arbeitsvertrag wohl die geringsten Schwierigkeiten. Denn § 324 BGB erklärt sich gerade nicht aus dem zwischen Leistung und Gegenleistung bestehenden Gegenseitigkeitsverhältnis. Vielmehr ist die rechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für die von ihm verschuldete Unmöglichkeit eine Anomalie, wenn man den Begriff des gegenseitigen Vertrags bedenkt.²⁾ Denn von jenem Begriff aus kann, nachdem und solange die eine Leistung weggefallen ist, das Gegenseitigkeitsverhältnis nicht fortbestehen und der durch Schuld des Arbeitgebers befreite Arbeitnehmer insoweit einen Anspruch auf den Lohn nicht behalten.

Es beruht daher lediglich auf allgemeinen Grundsätzen, wenn § 324 Abs. I BGB bestimmt, dass ein Arbeitgeber trotz Nichtleistung der Arbeit an den Arbeitnehmer Lohn zahlen muss, wenn dieser infolge eines Umstandes, den der Arbeit-

1) Vgl. hierzu BGHZ aaO S. 1474, der die Verpflichtung des Arbeitnehmers, die vom Schädiger erhaltenen Bezüge in Höhe der gewährten Arbeitsvergütung an den Arbeitgeber abzuführen oder seinen Schadensersatzanspruch insoweit abzutreten, sowohl aus dem Dienstvertrag wie auch aus dem Rechtsgedanken des § 255 BGB ableitet. Vgl. ferner Nikisch I S. 520; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 616, 59.

2) Vgl. Lotmar II S. 266.

geber zu vertreten hat, an der Arbeitsleistung verhindert ist.¹⁾ Gerade aus diesem Grunde entspricht die Vorschrift aber so sehr dem Wesen des Arbeitsverhältnisses, insbesondere der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, daß man auch ohne sie allein auf Grund allgemeiner Erwägungen den Arbeitgeber für verpflichtet halten müßte, in solchen Fällen Lohn zu zahlen, ohne Arbeit zu erhalten. Würde man aber auf Grund der das Arbeitsverhältnis beherrschenden Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zum gleichen Ergebnis kommen, wie wenn man § 324 Abs. I BGB anwendet, so bestehen gegen seine Anwendbarkeit im Arbeitsvertragsrecht m.E. keine Bedenken.²⁾ Denn nur solche Vorschriften des BGB, die mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses im Widerspruch stehen, können auf den Arbeitsvertrag keine Anwendung finden.

Auch wer es ablehnt, im Arbeitsvertrag einen schuldrechtlichen Vertrag zu sehen, der auf den Austausch von Leistungen gerichtet ist, braucht daher die Anwendbarkeit des § 324 Abs. I BGB nicht zu verneinen.³⁾

Dafür spricht nicht zuletzt auch die Tatsache, daß gemäß § 615 BGB bei Annahmeverzug des Arbeitgebers dieselben Rechtsfolgen eintreten, wie sie § 324 Abs. I BGB für verschuldete Unmöglichkeit bestimmt. Solange aber gegen die Anwendbarkeit des § 615 BGB keine Bedenken erhoben

-
- 1) Vgl. Huecks Anmerkung zu RAG ARS 37, 230 unter 5.).
 - 2) Vgl. Hueck-Nipperdey S. 202, 301; ebenso seine Anm. zu RAG ARS 37, 230 unter 3.); Kaskel-Dersch S. 163; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 129, 254.
 - 3) A.A. früher Nikisch in seiner Anm. zu dem Urteil des Arbeitsgerichts Hindenburg in ZAKDR 38, 318: § 324 BGB beziehe sich nur auf gegenseitige Schuldverträge. Wenn man daher im Arbeitsverhältnis ein Gemeinschaftsverhältnis sehe, dürfe man bei seiner rechtlichen Behandlung folgerichtig nicht mit schuldrechtlichen Kategorien arbeiten. Heute vertritt auch Nikisch I S. 247/8 den Standpunkt, daß die vom RAG zeitweilig vertretene Ansicht, daß § 324 BGB auf Arbeitsverhältnisse nicht anwendbar sei, zumindest, was den zweiten Absatz der Vorschrift angehe, nicht haltbar sei.

werden - und insoweit sind noch keine Zweifel geltend gemacht worden ¹⁾ -, obwohl Annahmeverzug nicht einmal Verschulden des Arbeitgebers voraussetzt, kann erst recht nichts gegen § 324 BGB eingewandt werden.

II.

Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie sie vor allen Dingen im Schadensersatzrecht gelten, erklärt sich auch die im § 324 Abs. I S. 2 BGB geregelte Pflicht des Arbeitnehmers, sich dasjenige anrechnen zu lassen, was er infolge der Befreiung von der Arbeitspflicht erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Hierdurch wird verhindert, daß der Arbeitnehmer aus dem vom Arbeitgeber zwar verschuldeten Umstand, der seine Leistung unmöglich macht, für den dieser aber immerhin haftet, indem er den Lohn weiter zahlen muß, irgendwelche Vorteile zieht. Unverdiente Vorteile würden aber sowohl Ersparnisse als auch Verdienste darstellen, die der Arbeitnehmer beide nur machen konnte, weil die Arbeit unmöglich wurde. - Wenn ihm der Gesetzgeber zusätzlich eine Anrechnung böswillig unterlassenen Erwerbs zur Pflicht macht, so wird hierdurch zwar keine "ungerechtfertigte Bereicherung" des Arbeitnehmers verhindert. Doch beruht auch diese Bestimmung auf einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, und zwar auf demselben, der im Schadensersatzrecht in § 254 Abs. II BGB zum Ausdruck gekommen ist, wo der Gesetzgeber bestimmt hat, daß der Geschädigte verpflichtet ist, den Schaden nach Möglichkeit abzuwenden oder doch wenigstens zu mindern.²⁾

Um zu zeigen, wie sich die Anrechnungspflicht im Arbeitsrecht praktisch auswirkt, zunächst einige Beispiele:

1) A.A. nur Siebert S. 85.

2) Vgl. Lotmar II S. 269.

1.) Ein auswärts wohnender Arbeitnehmer, der für die Hin- und Rückfahrt zur Arbeitsstätte regelmäßig eine Arbeitermonatskarte kaufen muß, erleidet im Betrieb, in dem er arbeitet, infolge schuldhaft vorschriftswidriger Betriebsanlagen einen Arbeitsunfall. Der Arbeitgeber hat zum Beispiel einem Heizer einen undichten Kessel zur Verfügung gestellt, so daß dieser eine Gasvergiftung erleidet und für einige Zeit arbeitsunfähig ist.¹⁾ Hier kann der Arbeitnehmer nach § 324 Abs. I S. 1 BGB seinen Lohn zwar auch für den Zeitabschnitt, währenddessen er nicht gearbeitet hat, verlangen. Doch muß er sich nach § 324 Abs. I S. 2 BGB davon den Betrag abziehen lassen, den er an Fahrtkosten während seiner Arbeitsunfähigkeit erspart hat. Ebenso muß er sich den Betrag anrechnen lassen, der bei der Vereinbarung über die Höhe des Lohnes für das Abnutzen von Geräten bestimmt worden ist, welche der Arbeitnehmer selbst zu stellen hat.

2.) In dem oben gebildeten Fall entläßt der Arbeitgeber diesen Arbeitnehmer nun fristlos, weil er nicht zur Arbeit erscheint. Der Arbeitnehmer widerspricht dieser Entlassung sofort, nimmt aber nach seiner Genesung vorübergehend eine andere Arbeitsstelle an. Dort verdient er etwas weniger als bisher.

Ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung hat hier nicht vorgelegen. Infolge der fristlosen Entlassung ist dem Arbeitnehmer aber die Leistung der Arbeit für die Zeit nach seiner Genesung, für die an sich die Arbeit wieder möglich war, unmöglich geworden, weil sie nicht mehr nachholbar ist.²⁾ Diese Unmöglichkeit hat der Arbeitgeber verschuldet, weil er wußte, daß er keinen Grund zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers hatte. Gemäß § 324 Abs. I

1) Vgl. Schnorr von Carolsfeld S. 222.

2) A.A. Nikisch I S. 247; Enneccerus-Lehmann § 147 III 1 Anm. 6, die bei fristloser Entlassung Annahmeverzug des Arbeitgebers annehmen.

S. 1 BGB kann der Arbeitnehmer daher Fortzahlung des bisher verdienten Lohnes über die Zeit seines Krankseins hinaus verlangen, bis das Arbeitsverhältnis beendet ist ¹⁾ oder sich der Arbeitgeber bereit erklärt, den Arbeitnehmer wieder einzustellen. Auf diesen Lohnanspruch muss sich der Arbeitnehmer aber anrechnen lassen, was er auf seiner neuen Arbeitsstelle zwischenzeitlich verdient hat. Im Endergebnis kann er also nur den Überschuss verlangen, d.h. den Betrag, um den sein früherer Verdienst seinen derzeitigen Lohn übersteigt. Verdient er bei beiden Arbeitsstellen dasselbe oder augenblicklich sogar mehr, so hat er gegen seinen früheren Arbeitgeber überhaupt keinen Lohnanspruch mehr.

Hat der Arbeitnehmer nach seiner Genesung nicht dauernd andere Arbeit gehabt, aber infolge besserer Bezahlung dennoch so viel verdient, wie er bei ununterbrochener Arbeitsleistung insgesamt auch nur bei seinem früheren Arbeitgeber bekommen hätte, so kann er von diesem ebenfalls nichts mehr verlangen. Denn die Anrechnung erfolgt, auch wenn der anderweitige Verdienst in kürzerer Zeit gemacht wurde, nicht nur auf den für die Zeit, in der der Arbeitnehmer anderweitig tätig war, zu zahlenden Lohn, sondern auf den Lohn für die ganze Zeit der Unmöglichkeit. ²⁾

Der gesamte tatsächlich gemachte Erwerb ist anzurechnen. Ob die Einnahmen aus einem selbständigen Geschäftsbetrieb erzielt wurden ³⁾ oder ob der Arbeitnehmer bei einem anderen Arbeitgeber Dienste geleistet hat, spielt keine

1) In der unbegründeten fristlosen Entlassung kann man eine Kündigung zum ersten zulässigen Termin erblicken.
§ 11 Abs. II KSchG. enthält nur eine widerlegbare Vermutung (vgl. BAG in NJW 54, 1904).

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 300; Nikisch I S. 248; RGZ 58, 402/4.

3) Zu den Problemen, die sich bei der Berechnung des anzurechnenden Erwerbs ergeben können, wenn der Arbeitnehmer einen eigenen Betrieb eröffnet, vgl. insbesondere RAG ARS 40, 231 ff.

Rolle.¹⁾ Es ist also vollkommen unerheblich, welcher Art die Tätigkeit war, durch die sie erzielt wurden. Nur muß sie dem Arbeitnehmer erst durch seine Entlassung möglich geworden sein.²⁾

3.) Hat der fristlos entlassene Arbeitnehmer in dem Bewußtsein, daß er seinen Lohn ohnehin bekomme, nach seiner Wiederherstellung keine neue Arbeitsstelle angenommen, obwohl ihm eine solche angeboten worden ist oder er ohne Anstrengungen und Schwierigkeiten jederzeit eine neue Stelle hätte bekommen können, so kommt jetzt die 3. Alternative des § 324 Abs. I S. 2 BGB zum Zuge. Doch muß die Arbeit dem Arbeitnehmer zumutbar gewesen sein; sie muß seinen Fähigkeiten und seiner Lebensstellung entsprochen und der Arbeitnehmer dieses auch erkannt haben, damit man von Böswilligkeit sprechen kann. Der Arbeitnehmer ist nämlich nicht verpflichtet, jedwede Arbeit zu übernehmen, nur um den Schaden des Arbeitgebers zu verringern.

In dieser Frage, wann der Arbeitnehmer einen anderweitigen Erwerb böswillig unterlassen hat, ist allerdings noch immer keine völlige Übereinstimmung erzielt worden. Ursprünglich nahm das RAG Böswilligkeit nur dann an, wenn der Arbeitnehmer eine neue Arbeitsstelle in der Absicht nicht antrat, dem Arbeitgeber einen Schaden zuzufügen.³⁾ Da sich diese Auslegung als zu eng erwies, verlangte das RAG in späteren Entscheidungen vom Arbeitnehmer, daß er für eine anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft sorgen müsse.⁴⁾ Das ging auf der anderen Seite wieder zu weit.

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 299; Nikisch I S. 248; RAG ARS 40, 234.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 299.

3) Vgl. RAG ARS 30, 113/6; so auch heute noch Schnorr von Carolsfeld S. 206, böswilliges Unterlassen setze voraus, daß die Arbeit dem Arbeitnehmer zuzumuten war und er sie in der Absicht der Schädigung des Arbeitgebers nicht übernahm. Ebenso LAG Hannover in AP 1953 Nr. 136.

4) Vgl. z.B. RAG ARS 40, 231/4.

So wird heute überwiegend der Standpunkt eingenommen, der Arbeitnehmer brauche sich um eine andere Verdienstmöglichkeit nicht besonders zu bemühen.¹⁾ Er handele aber böswillig, wenn er eine sich bietende ihm zumutbare Arbeitsgelegenheit in der Erkenntnis und dem Bewußtsein nicht ausnütze, daß er von seinem bisherigen Arbeitgeber ohnehin noch Lohn bekomme und diesen dadurch schädige.²⁾

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so muß sich der Arbeitnehmer von seinem Lohn den Betrag abziehen lassen, den er verdient hätte, wenn er während der Zeit der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung bei einem anderen Arbeitgeber gearbeitet hätte.

An diesen drei Beispielen dürfte klar geworden sein, daß die Anrechnungspflicht des § 324 Abs. I S. 2 BGB auch im Arbeitsrecht zu gerechten und vertretbaren Ergebnissen führt. Der Arbeitnehmer hat in aller Regel lediglich ein schutzwürdiges Interesse daran, so viel Lohn zu bekommen, wie er auch bei normalem Ablauf des Arbeitsverhältnisses bekommen hätte. Über seine schutzwürdigen Interessen würde es daher hinausgehen und sogar seiner Treuepflicht widersprechen, wenn er aus dem regelwidrigen Ablauf des Arbeitsverhältnisses Vorteile ziehen würde, die er nicht verdient hat, oder es aus reiner Böswilligkeit unterlassen würde, eine neue Arbeitsstelle anzunehmen.

§ 10. Während des Annahmeverzugs des Arbeitgebers eintretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung.

I.

Erste Voraussetzung des trotz Nichtleistung der Arbeit nach § 324 Abs. II BGB weiter bestehenden Lohnanspruchs

1) So schon Sigel S. 65.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 299; Nikisch I S. 249; Kaskel-Dersch S. 163; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 615, 41.

des Arbeitnehmers ist, daß sich der Arbeitgeber hinsichtlich der Arbeitsleistung in Annahmeverzug befindet. Dessen Voraussetzungen richten sich nach den §§ 293 ff. BGB.

Alsdann muß die Arbeitsleistung während des Annahmeverzugs unmöglich geworden sein. Kommt der Arbeitgeber beispielsweise dadurch in Annahmeverzug, daß er zwar bereit ist, die angebotene Arbeitsleistung anzunehmen, die Gegenleistung aber nicht erbringen will (§ 298 BGB), und verweigert der Arbeitnehmer aus diesem Grunde seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung - wozu er nach § 320 BGB berechtigt ist -, so tritt während des Annahmeverzugs Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ein, sofern diese nicht mehr nachholbar ist.

Schließlich setzt § 324 Abs. II BGB noch voraus, daß der Arbeitnehmer den Umstand, auf dem die Unmöglichkeit beruht, nicht zu vertreten hat. Dabei ist § 300 Abs. I BGB zu beachten, wonach der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Da auch der Arbeitgeber die Unmöglichkeit nicht zu vertreten haben darf, weil andernfalls Abs. I zum Zuge kommt,¹⁾ § 324 Abs. II BGB also ebenso wie § 323 BGB voraussetzt, daß die Unmöglichkeit der Leistung infolge eines Umstandes eintritt, den keine von beiden Parteien zu vertreten hat, kann man § 324 Abs. II BGB auch zu den gesetzlichen Ausnahmen von § 323 BGB rechnen.²⁾

Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind damit an sich die Voraussetzungen des § 324 Abs. II BGB erschöpft. Indes genügt das noch nicht, damit die Rechtsfolgen des § 324 Abs. I BGB

1) Vgl. Lotmar II S. 197.

2) Vgl. Lotmar II S. 197, 363: Der Arbeitnehmer behalte den Anspruch auf die Vergütung, obwohl die Arbeit durch einen Umstand unmöglich geworden sei, den weder er selbst noch der Gläubiger zu vertreten habe, d.h. obwohl hier der Tatbestand des § 323 BGB vorliege und daher nach dessen Regel der Anspruch auf die Vergütung wegfallen sollte.

eintreten. Vielmehr muß hinzukommen, daß zwischen Unmöglichkeit und Annahmeverzug ein Kausalzusammenhang besteht.¹⁾ Die Unmöglichkeit der Leistung muß also infolge des Annahmeverzugs eingetreten sein. Dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal läßt sich zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber dem Sinn des § 324 Abs. II BGB entnehmen. Denn wie sich aus der auch für Abs. II geltenden Anrechnungspflicht des § 324 Abs. I S. 2 BGB ergibt, hat der Gesetzgeber verhindern wollen, daß der Arbeitnehmer aus der vom Arbeitgeber verschuldeten Unmöglichkeit der Arbeitsleistung einen Vorteil zieht. Der Arbeitnehmer soll nicht mehr bekommen, als er bei normalem Ablauf des Arbeitsverhältnisses, d.h. ohne die Einwirkung des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung, erhalten hätte. Damit würde es aber in Widerspruch stehen, wenn man dem Arbeitnehmer den Lohnanspruch auch dann zubilligen würde, wenn die Unmöglichkeit, die der Arbeitgeber in den Fällen des § 324 Abs. II BGB nicht zu vertreten haben darf, unabhängig vom Annahmeverzug eintritt. Denn wenn der Annahmeverzug nicht eingetreten wäre, der Arbeitgeber also nicht auf die Arbeitsleistung eingewirkt hätte, wäre sie auch unmöglich geworden, und zwar ohne daß der Arbeitnehmer einen Lohnanspruch gehabt hätte (§ 323 BGB), es sei denn, daß eine der in § 8 unter II dargestellten Ausnahmen von § 323 BGB vorgelegen hätte. Aus diesem Grunde widerspricht es dem Sinn des § 324 BGB, der nur die Rechtsfolgen der durch Einwirkung des Arbeitgebers unmöglich gewordenen Arbeitsleistung regeln will, § 324 Abs. II BGB auch dann anzuwenden, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen Unmöglichkeit und Annahmeverzug nicht besteht.

1) Vgl. Hueck-Nipperdey S. 300 Anm. 14; a.A. Lotmar II S. 307/8; Nikisch I S. 246 Anm. 24 meint sogar, § 324 Abs. II BGB spreche zwar nur von dem Fall, daß die Leistung des Schuldners unmöglich wird, während der Gläubiger sich im Annahmeverzug befindet; das gleiche müsse aber auch gelten, wenn die Unmöglichkeit durch den Annahmeverzug eintritt.

Unklar sind Schnorr von Carolsfelds Ausführungen S. 222.

Sind sämtliche Voraussetzungen des § 324 Abs. II BGB erfüllt, wird also die Arbeitsleistung infolge eines von keiner Seite zu vertretenden Umstandes unmöglich und ist die Unmöglichkeit auf den Annahmeverzug des Arbeitgebers zurückzuführen, so treten dieselben Rechtsfolgen ein, wie wenn die Unmöglichkeit vom Arbeitgeber zu vertreten wäre. Der Arbeitnehmer, der während des Annahmeverzugs vor Eintritt der Unmöglichkeit die Weiterzahlung seines Lohnes nach § 615 BGB verlangen kann, verliert seinen Lohnanspruch nicht dadurch, daß infolge des Annahmeverzugs beiderseits nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eintritt.

§ 11. Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung
bei zu vertretender Unmöglichkeit und Verzug.

Grundsätzlich stehen dem vertragstreuen Teil bei Verletzung eines gegenseitigen Vertrags unter den Voraussetzungen der §§ 325, 326 BGB zwei Rechte zur Wahl: Er kann entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Es stellt sich hier die Frage, ob auch dem Arbeitgeber bzw. dem Arbeitnehmer diese zwei Rechte wahlweise zur Verfügung stehen, wenn dem jeweils anderen Vertragsteil seine Leistung aus einem von ihm zu vertretenden Grunde unmöglich wird oder wenn er mit ihr in Verzug kommt.

I.

Soweit die Frage das in den §§ 325, 326 BGB vorgesehene Rücktrittsrecht betrifft, ist sie seit vielen Jahren immer wieder Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen gewesen.

1.) Zuerst hat sich das RG mit diesem Problem befaßt und entschieden, daß bei einem Dienstvertrag die Frage, ob der Dienstverpflichtete durch das Verhalten des Dienstberechtigten zur vorzeitigen Aufhebung des Dienstver-

hältnisses und zu dem Anspruch auf Ersatz des dadurch entstehenden Schadens berechtigt sei, nicht durch § 326 BGB, sondern durch die dieser allgemeinen Bestimmung vorgehenden Sondervorschriften der §§ 626 - 628 BGB geregelt werde, soweit nicht für einzelne Arten der Dienstverträge besonderes bestimmt sei (vgl. die §§ 123, 124, 124 a GewO.; §§ 70 ff. HGB). Denn bei Dienstverträgen gebe § 626 BGB jedem Teil das Recht, das Dienstverhältnis einseitig und vor Eintritt des vertragsmäßigen Endtermins zu lösen, wenn ein wichtiger Grund dazu vorliege. Daneben sei für die Ausübung eines Rücktrittsrechts nach Maßgabe des § 326 BGB kein Raum. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift scheine sie zwar bei allen gegenseitigen Verträgen Platz greifen zu sollen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen müsse sie aber überall da zurücktreten und könne überall da nicht geltend gemacht werden, wo besondere Vorschriften die Möglichkeit der vorzeitigen Aufhebung eines bestimmten Vertragsverhältnisses in anderer Weise endgültig und erschöpfend regelten. Das sei für Dienstverträge in den §§ 626 - 628 BGB geschehen. Auch ein Bedürfnis des Verkehrs, neben der Befugnis zur fristlosen Kündigung das in Ansehung seiner Voraussetzungen und Folgen ganz anders geartete allgemeine Rücktrittsrecht aus § 326 BGB zuzulassen, sei nicht anzuerkennen.¹⁾

2.) Soweit ersichtlich hat sich das LAG Mannheim ²⁾ als erstes Arbeitsgericht der Rechtsprechung des RG angeschlossen. U.a. hat es ausgeführt, daß die Anwendung des § 326 BGB dahin führen würde, daß der Rücktritt, der wie die Kündigung nur für die Zukunft wirken würde, auch in den Fällen zulässig wäre, die nicht unter die Bestimmungen der §§ 123,

1) Vgl. RGZ 92, 159; 105, 169; RG in JW 11, 106; 12, 73.

2) Vgl. seine teilweise fast wörtlich mit den Ausführungen des RG 92, 159 übereinstimmende Begründung in ARS 3, 228 ff./233, in der es zu dem Ergebnis kommt, daß bei Arbeitsverträgen kein Recht zum Rücktritt wegen Verzugs oder positiver Vertragsverletzung bestehe.

124 GewO. fielen. Dadurch könnte aber eine Entlassung von Arbeitern auch aus Gründen erfolgen, die eine Kündigung mit sofortiger Wirkung nicht rechtfertigten.

Diese Rechtsprechung hat das RAG übernommen und fortgeführt. Da für Dienstverträge die Möglichkeit der vorzeitigen Aufhebung des Vertragsverhältnisses durch die §§ 626 - 628 BGB erschöpfend geregelt sei, gebe es daneben kein besonderes Rücktrittsrecht mehr.¹⁾

3.) Heute vertritt auch der überwiegende Teil der einschlägigen Literatur den Standpunkt, daß die §§ 325, 326 BGB im Arbeitsvertragsrecht zwar grundsätzlich anwendbar sind, daß aber an die Stelle eines auch für die Vergangenheit wirkenden Rücktritts wegen Verzugs oder zu vertretender nachträglicher Unmöglichkeit die nur für die Zukunft wirkende fristlose Kündigung tritt.²⁾ - § 626 BGB ist eben gegenüber den Bestimmungen der §§ 325, 326 BGB *lex specialis*, obwohl Rücktritt und Kündigung sowohl in ihren Voraussetzungen als auch in ihren Wirkungen völlig verschiedene Rechtsbehelfe sind, so daß man an sich meinen könnte, beide seien neben-

1) Vgl. RAG ARS 25, 119; 26, 7 ff.; 33, 107/113, die das Rücktrittsrecht nach § 325 BGB betrifft; 46, 97 ff.; 47, 68 ff. Daß sich das RAG in den erwähnten Entscheidungen vornehmlich mit solchen Fällen befaßt hat, in denen die Frage auftauchte, ob im Arbeitsvertrag ein Rücktrittsrecht wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage oder auf Grund der *clausula rebus sic stantibus* bestehe, ist ohne Bedeutung.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 202 Anm. 37, S. 207; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 19, 141; § 626, 60; Ennecerus-Lehmann § 147 II; Kaskel-Dersch S. 170; Nikisch I S. 245, der aber S. 244 ein Rücktrittsrecht nach § 325 BGB so lange gewährt, wie der Arbeitnehmer seine Stellung noch nicht angetreten hat. Vgl. ferner Schnorr von Carolsfeld S. 163 ebenfalls mit der Einschränkung, daß das Arbeitsverhältnis bereits begonnen hat, d.h. daß die Arbeit schon aufgenommen worden ist. Unklar Schnorr von Carolsfeld S. 163 und S. 330, wo er bei Verzug des Arbeitnehmers für die Zukunft ein Kündigungsrecht und für die Vergangenheit, soweit der Vertrag noch nicht erfüllt ist, ein Rücktrittsrecht gewährt.

einander anwendbar.¹⁾ Denn während der Rücktritt abgesehen vom vertragsmäßig vereinbarten nur in ganz wenigen gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich bestimmten Fällen zulässig ist, ist die Kündigung immer dann möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ferner wirkt der Rücktritt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück, während die Kündigung das Vertragsverhältnis nur für die Zukunft auflöst.

Gerade diese Verschiedenheit der Rechtsbehelfe würde aber zu unhaltbaren Ergebnissen führen, ließe man Rücktritt und Kündigung im Arbeitsvertragsrecht nebeneinander zu. Man müßte dem Gesetzgeber dann die Absicht unterstellen, daß er zwar das Recht des anderen auf Auflösung des Vertrags nur an einen wichtigen Grund und daher regelmäßig nur an eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht geknüpft hat, daß er aber das viel einschneidendere, weil rückwärts wirkende Recht des Rücktritts ohne diese Voraussetzung lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hätte gewähren wollen. Eine solche Absicht kann dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden, da es jeder Billigkeit widersprechen würde, wollte man z.B. dem Arbeitgeber, der ein Recht auf Kündigung nicht hat, weil der Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Vertragspflichten so ernst nicht beurteilt werden darf, nun auf dem Umweg über §§ 325 oder 326 BGB die Möglichkeit zum Rücktritt vom ganzen Vertragsverhältnis gewähren.²⁾

1) So in der Tat Sigel S. 64/5 und Oertmann S. 131: Da es fraglich erscheine, ob die angeführten Sondervorschriften alle schutzwürdigen Fälle mit genügender Sicherheit treffen, tue man am besten, das Rücktrittsrecht wenigstens subsidiär, soweit das Kündigungsrecht nicht eingreife, zuzulassen.

2) So schon Lotmar II S. 157 unter c): Wo die unbefristete Kündigung wie z.B. in der GewO regelmäßig auf gewisse Gründe beschränkt sei, könne sie nicht unter dem Namen des Rücktritts wegen der Voraussetzungen des § 326 BGB vorgenommen werden, wenn sie nicht auch nach der GewO. statthaft sei.

Das in den §§ 325, 326 BGB geregelte Rücktrittsrecht kann daher bestimmt dann nicht geltend gemacht werden, wenn die Leistung, mit der der eine Teil in Verzug gerät oder welche ihm unmöglich wird, nicht so wesentlich oder ihr Ausbleiben nicht auf ein solches Verschulden zurückzuführen ist, daß nach § 626 BGB ein Recht auf sofortige Kündigung gegeben ist.

Darüberhinaus sind die §§ 325, 326 BGB - was das Rücktrittsrecht angeht - aber auch dann nicht anwendbar, wenn die Voraussetzungen des § 626 BGB gegeben sind, wenn es sich also um die vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht handelt. Denn andernfalls würde z.B. die Fristsetzung des § 326 BGB die Folge haben, daß der säumige Teil zwar durch Nachholung der Leistung innerhalb der Frist den anderen daran hindern könnte, die gesamten Beziehungen rückwärts zu lösen, daß aber das Recht des anderen, den Arbeitsvertrag fristlos zu kündigen, auf Grund seiner Vertragsverletzung gegen ihn bestehen bliebe.

Es kann also festgestellt werden, daß das Gesetz die Frage, ob die Vertragsverletzung des einen Vertragspartners dem anderen ein Recht zur Auflösung des Vertrags gibt, für Arbeitsverträge in § 626 BGB erschöpfend geregelt hat. § 626 BGB ist das den besonderen Verhältnissen des Arbeitsrechts - das Arbeitsverhältnis ist ein auf die Dauer berechnetes Vertrags- und Vertrauensverhältnis - sich anpassende Sondergesetz, dem die Bestimmungen der §§ 325, 326 BGB zu weichen haben. Die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist die arbeitsrechtliche Form der Rücktrittserklärung.¹⁾

4.) Wenn Hueck ²⁾ meint, die Frage: Rücktritt oder Kündigung sei praktisch nicht von großer Tragweite, so hat er

1) Vgl. LAG Frankfurt in AP 1950 Nr. 198 S. 93 a.E.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 207 Anm. 17.

zwar insofern Recht, als der Rücktritt nach §§ 325, 326 BGB nur für den noch nicht erfüllten Teil des Vertrags in Betracht käme, also wie eine Kündigung nur für die Zukunft wirken würde. Hierzu folgendes Beispiel:

Hat der Arbeitnehmer A die Arbeit eine Woche lang vertragsgemäß geleistet und wird sie ihm nunmehr aus einem von ihm zu vertretenden Grunde unmöglich, so würde der Rücktritt des Arbeitgebers vom Arbeitsvertrag, weil die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, zur Folge haben, daß die Parteien die empfangenen Leistungen einander zurückgewähren müßten. Der Arbeitnehmer müßte also den Lohn zurückzahlen und der Arbeitgeber die Arbeit zurückgeben. Da die Arbeit aber nicht zurückgegeben werden kann, ist für geleistete Dienste der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten (§§ 327, 346 BGB). Der Arbeitgeber müßte also ebenfalls den vereinbarten Lohn zahlen. Das bedeutet aber praktisch, daß der Rücktritt vom Arbeitsvertrag nichts anderes ergeben würde als die Kündigung,¹⁾ daß sich also für die Vergangenheit nichts ändern, sondern nur der noch nicht erfüllte Teil des Vertrags durch den Rücktritt berührt würde, was einer Kündigung gleichkäme.

Trotzdem ist die Frage: Rücktritt oder Kündigung aber keine rein theoretische Streitfrage, da eine Kündigung mit sofortiger Wirkung nur zulässig ist, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, während der Rücktritt, der an andere Voraussetzungen geknüpft ist, auch möglich sein könnte, wenn eine Kündigung nicht berechtigt ist.

5.) Dieselben Argumente, die gegen die Möglichkeit eines Rücktritts bei zu vertretender Unmöglichkeit und Verzug sprechen, lassen sich auch gegen die analoge Anwendung der §§ 325, 326 BGB auf positive Vertragsverletzungen, was das

1) Vgl. Lotmar II S. 157.

Rücktrittsrecht angeht, anführen. Insoweit beanspruchen die §§ 626 ff. BGB auch bei positiven Vertragsverletzungen ausschließliche Geltung. Andernfalls könnten die Grundsätze über positive Vertragsverletzungen zu einer Umgehung der Kündigungsbestimmungen führen, die vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt ist.¹⁾ Es fragt sich also stets, ob die Fehlerhaftigkeit der Arbeit derartig ist, daß dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann.

II.

Ein Vergleich mit dem Gesellschaftsrecht zeigt, daß die Rechtslage beim Gesellschaftsvertrag derjenigen beim Arbeitsvertrag sehr ähnlich ist. Das RG hat zwar für den Gesellschaftsvertrag in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß er ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB sei und diese Vorschriften auf ihn anwendbar seien, soweit durch ihn unmittelbar Rechte und Pflichten unter den Gesellschaftern begründet würden. Gleichzeitig hat es aber ausgesprochen, daß diese Anwendung jedenfalls dann nicht uneingeschränkt sein kann und in Übereinstimmung zu bringen ist mit den für das Aufhören der Gesellschaftsgemeinschaft gegebenen besonderen Bestimmungen der §§ 723 ff. BGB, wenn das durch den Gesellschaftsvertrag begründete Gesellschaftsverhältnis bereits zur Ausführung gelangt ist.²⁾

Das bedeutete nichts anderes, als daß das Rücktrittsrecht der §§ 325, 326 BGB bei zur Ausführung gelangten Gesellschaften durch das Kündigungsrecht des § 723 BGB ersetzt

1) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 146; Kaskel-Dersch S. 170; LAG Mannheim in ARS 3, 233.

2) Vgl. für das Gesellschaftsrecht insbesondere die Entscheidungen des RG in RGZ 78, 303/305; 81, 303 ff.; 89, 333/335 für die zur Ausführung geordnete OHG; 89, 400; 112, 283.

wurde. Hatte die Gesellschaft jedoch noch nicht am Rechtsverkehr teilgenommen, war sie noch nicht in Rechtsbeziehungen zu dritten Personen getreten, so hatte das RG keine Bedenken gegen die Ausübung des Rücktrittsrechts durch die Gesellschafter.

Trotz der zwischen Gesellschaftsvertrag und Arbeitsvertrag bestehenden Ähnlichkeit kann man aber m.E. im Gegensatz zum Gesellschaftsrecht das Rücktrittsrecht beim Arbeitsvertrag nicht zulassen, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit laut Arbeitsvertrag zwar schon hätte aufnehmen müssen, wenn das Arbeitsverhältnis also bereits begonnen, er seine Arbeitsstelle aber nicht angetreten hat.¹⁾ Denn gegen die rückwirkende Auflösung einer Gesellschaft haben sich Rechtsprechung und Literatur vor allen Dingen im Interesse der Personen ausgesprochen, mit denen die Gesellschaft schon in Geschäftsverbindung getreten ist und die vielleicht schon Verträge mit ihr abgeschlossen haben. Es ist daher einleuchtend, wenn sie den für die Vergangenheit wirkenden Rücktritt vom Gesellschaftsvertrag zugelassen haben, solange die Gesellschaft noch nicht am Rechtsverkehr teilgenommen hat. - Diese Gesichtspunkte haben beim Arbeitsvertrag keine Rolle gespielt. Vielmehr verlangte hier das Interesse der beiden Vertragsparteien selbst, daß Rücktritt und Kündigung nicht nebeneinander anwendbar sind. Dieses Interesse besteht aber auch dann, wenn dem Arbeitnehmer die Arbeit zu dem Zeitpunkt unmöglich wird oder er mit ihr in Verzug kommt, zu dem er sie an sich hätte aufnehmen müssen. Denn die unter I 3.) erörterten Gründe lassen sich auch hier anführen: Es widerspräche jeder Billigkeit, ließe man das in seinen Wirkungen viel weiter grei-

1) A.A. Schnorr von Carolsfeld S. 223: Der Arbeitgeber könne aber gemäß § 325 BGB vom Vertrag zurücktreten, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit noch nicht aufgenommen habe.

fende Rücktrittsrecht auch dann zu, wenn das Kündigungsrecht mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen nicht geltend gemacht werden kann. Ebenso würde die gleichzeitige Anwendbarkeit von Rücktritt und Kündigung auch dann zu unannehmbaren, vom Gesetz nicht gewollten Ergebnissen führen, wenn die Voraussetzungen des § 626 BGB vorliegen.¹⁾

§ 626 BGB ist daher auch in diesen Fällen *lex specialis*, zumal, wie sich aus § 628 BGB ergibt ("Wird nach dem Beginn der Dienstleistung das Dienstverhältnis ... gekündigt"), in § 626 BGB kein Unterschied gemacht wird, ob die Vertragsverletzung nach Aufnahme der Arbeitsleistung eingetreten ist oder vorher. Der Arbeitgeber hat mithin nicht das Recht, vom Vertrage zurückzutreten.

III.

In einem einzigen Fall kann man aber auch dem Arbeitgeber das Rücktrittsrecht gewähren, nämlich dann, wenn im Arbeitsvertrag ein bestimmter Zeitpunkt für die Aufnahme der Arbeitsleistung vereinbart worden ist (aufschiebend befristetes Arbeitsverhältnis), diese aber schon vor Eintritt des Termins oder - wie jetzt bereits feststeht - bestimmt bei Eintritt der Fälligkeit aus einem vom Arbeitnehmer zu vertretenden Grunde endgültig unmöglich wird.²⁾ Beachtliche Interessen des Arbeitnehmers stehen hier nicht entgegen. Es muss sich aber in jedem Fall um eine endgültige zu vertretende Unmöglichkeit handeln. Denn tritt nur eine vorübergehende Unmöglichkeit ein und bleibt die Aufnahme der Arbeit zu dem im Vertrag bestimmten Zeitpunkt möglich, so liegt eine zum Rücktritt berechtigende Vertragsverletzung des Arbeitnehmers nicht vor.

1) Um Wiederholungen zu vermeiden, vgl. die Ausführungen unter I 3).

2) So auch Schnorr von Carolsfeld S. 163; Rücktritt sei aber noch vom Vertragsschluss bis zu dem Zeitpunkt möglich, zu welchem die Arbeit aufzunehmen sei.

Solche Fälle sind freilich sehr selten, zumal beim Verzug ein entsprechender kaum vorkommen wird. Denn vor Eintritt des Zeitpunkts, in welchem die Arbeit vereinbarungsgemäß aufzunehmen ist, kann Verzug nicht eintreten, weil die Arbeitsleistung noch nicht fällig ist. Nur wenn ausnahmsweise feststeht, daß der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt sicher in Leistungsverzug kommen wird, taucht daher die Frage auf, ob der Arbeitgeber schon jetzt vom Vertrage zurücktreten kann. Da das Rücktrittsrecht bei § 326 BGB aber regelmäßig eine erfolglose Nachfristsetzung voraussetzt, die erst bei Eintritt des Verzugs erfolgen kann, kann der Arbeitgeber vor Eintritt des im Vertrag für die Arbeitsaufnahme bestimmten Zeitpunkts nicht vom Vertrag zurücktreten. Von großer praktischer Bedeutung ist das Rücktrittsrecht hier also nicht. In den wenigen Fällen einer schon vorher eintretenden endgültigen Unmöglichkeit der Arbeitsleistung kann man es aber unbedenklich zulassen.

IV.

Die Voraussetzungen der fristlosen Kündigung sollen hier nur kurz gestreift werden, da es zu weit führen würde, hier auch die Probleme der §§ 626 ff. BGB zu behandeln.

Wie schon mehrfach erwähnt, setzt die fristlose Kündigung nach § 626 BGB einen wichtigen Grund voraus. Bei Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung muß also stets gefragt werden, ob sie einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen. Nur unter dieser Voraussetzung kann sich der vertragstreue Teil ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist vom Arbeitsvertrag für die Zukunft lösen.

Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung liegt stets dann vor, wenn ein Umstand gegeben ist, mit Rücksicht auf den der einen Partei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragszeit oder bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Hierbei kommt es

immer auf den konkreten Einzelfall an. Ein Verschulden ist weder erforderlich, noch in allen Fällen genügend.

§ 626 BGB bedeutet einerseits eine Einschränkung, andererseits eine Erweiterung gegenüber dem in §§ 325, 326 BGB geregelten allgemeinen Rücktrittsrecht. Eine Einschränkung insoweit, als nicht jede Unmöglichkeit, jeder Verzug oder jede positive Vertragsverletzung einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen. Eine Erweiterung insofern, als es auch andere Gründe gibt, die zur Kündigung berechtigen, ohne dass ein Fall der Nichtleistung oder Schlechtleistung vorliegt.

V.

Es bleibt noch zu untersuchen, ob den Arbeitsvertragsparteien bei zu vertretender Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zusteht oder ob die §§ 325, 326 BGB auch insoweit auf den Arbeitsvertrag unanwendbar sind.

1.) Hueck¹⁾ ist der Ansicht, dass der sich aus § 326 BGB ergebende Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung durch den entsprechenden Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. II BGB ersetzt werde. Darin kann ich ihm indes nicht zustimmen. Vielmehr bleibt m.E. das Recht des Vertrags-treuen, statt zu kündigen, bei Unmöglichkeit oder Verzug unter den Voraussetzungen der §§ 325, 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, von den §§ 626 ff.

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 207 Anm. 17; bei § 325 BGB ist er anscheinend anderer Ansicht (vgl. Hueck-Nipperdey I S. 202). Vgl. auch Hueck, Das Recht der OHG S. 37, wo er für die OHG ebenfalls Rücktritt und Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 BGB verneint. Vgl. ferner Palandt-Danckelmann § 326, 1: Das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags aus § 326 BGB zu verlangen, sei durch den Anspruch auf Schadensersatz bei schuldhafter Veranlassung solcher Kündigung ersetzt (RGZ 89, 400).

BGB unberührt.¹⁾ Denn der vertragstreue Teil kann nach § 628 Abs. II BGB Schadensersatz nur für den durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Schaden verlangen, also nicht, wenn eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung gar nicht stattgefunden hat. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung setzt dagegen gerade voraus, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst worden ist. Aus diesem Grunde kann man auch bei anderen Schuldverhältnissen zwar zunächst Schadensersatz verlangen und, so lange der Schadensersatzanspruch nicht befriedigt ist, immer noch vom Vertrag zurücktreten, nicht aber umgekehrt zunächst zurücktreten und dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, da das Schuldverhältnis durch den Rücktritt endgültig erloschen ist.²⁾

2.) Hier stellt sich allerdings die Frage, ob in dem Verlangen nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht eine Auflösung des Vertrags zu sehen ist.

Inhalt und Tragweite des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung sind seit jeher sehr umstritten. Nach der sogenannten Surrogations- oder Austauschtheorie bleibt das Gefüge des gegenseitigen Vertrags trotz der Unmöglichkeit der Leistung bzw. des Verzugs des einen Teils bestehen. Es tritt lediglich an die Stelle der nicht mehr möglichen bzw. verzögerten Leistung ihr in Geld ausgedrückter Wert. Diesen kann der Gläubiger im Austausch gegen seine Leistung verlangen. Das Recht des Schuldners auf die Gegenleistung bleibt unberührt.

Nach der sogenannten Differenztheorie braucht der Gläubiger seine Leistung dagegen nicht mehr zu erbringen. Das Austauschverhältnis wird hinfällig, und an seine Stelle tritt

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 147 II 1.); Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 142; Schnorr von Carolsfeld S. 223 und 224. Vgl. auch LAG Hannover in AP 1954 Nr. 19 S. 80.

2) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 48 III; Larenz I S. 187.

eine einseitige Geldforderung des Gläubigers in Höhe der Differenz zwischen dem Wert der unmöglich gewordenen bzw. verzögerten Leistung des Schuldners und dem der eigenen, nun ersparten Gegenleistung des Gläubigers. Geht man von dieser letzteren Theorie aus, die jedoch in allen den Fällen keine Anwendung finden kann, in denen der Gläubiger vorgeleistet hat, so liegt es nahe, in dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung praktisch eine Auflösung des Vertrags zu sehen.

Da der Gesetzgeber aber offenbar von der Austauschtheorie ausgegangen ist¹⁾ und der Ausdruck "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" nichts darüber sagt, ob das Leistungsinteresse oder die Wertdifferenz gefordert werden kann, muss es m.E. dem ersatzberechtigten Gläubiger überlassen bleiben, in welcher Weise er Schadensersatz verlangt. Ich gehe dabei weder von der Austauschtheorie aus und spreche dem Gläubiger den Differenzanspruch nur dann zu, wenn ihm nicht zugemutet werden kann, seine Leistung noch weiter bereit zu halten,²⁾ noch folge ich der überwiegend vertretenen Differenztheorie. Hat der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aber mal diesen, mal jenen Inhalt, je nachdem was der Gläubiger begehrt, so kann man nicht sagen, er beseitige grundsätzlich das ganze Austauschverhältnis und laufe ungefähr auf dasselbe wie eine Kündigung hinaus. M.E. stellt das Verlangen nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung sogar nicht einmal dann praktisch eine Auflösung des Vertrags dar, wenn man nur von der Differenztheorie ausgeht. Denn Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann - wie unten noch zu zeigen sein wird - in aller Regel nur für die Zeit verlangt werden, während deren die Leistung des Arbeitnehmers unmöglich geworden oder verzögert worden

1) Vgl. Larenz I S. 189.

2) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 53 IV 2.

ist. Dieser kann die Arbeit aber jederzeit wieder aufnehmen und den Vertrag erfüllen. Würde man dagegen in dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eine Auflösung des Vertrags sehen, so wäre dem Arbeitnehmer diese Möglichkeit genommen, obwohl der Arbeitgeber von seinem Kündigungsrecht gerade keinen Gebrauch machen wollte. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung enthält m.E. also keine Auflösung des Vertrags und wird mithin nicht durch die Spezialregelung der §§ 626, 628 Abs. II BGB ausgeschlossen.

3.) Es kommt noch hinzu, dass nicht nur die Voraussetzungen der beiden Schadensersatzansprüche verschieden sind, sondern auch ihr Umfang. Während nach § 628 Abs. II BGB nur der durch die Kündigung entstehende Schaden ersetzt verlangt werden kann, geht der Schadensersatzanspruch der §§ 325, 326 BGB auf Ersatz alles des Schadens, der durch Unmöglichkeit oder Verzug infolge Nichtleistung eingetreten ist. Hierzu folgender Fall:

Der Arbeitnehmer A erscheint nicht zur Arbeit, so dass die Arbeit unmöglich wird. Infolge des Ausbleibens von A konnte der Arbeitgeber B einen Liefertermin nicht einhalten und musste seinem Vertragspartner C Schadensersatz leisten. Diesen Schaden verlangt B von A ersetzt.

Nach § 628 Abs. II BGB könnte B den Schaden von A selbst dann nicht ersetzt verlangen, wenn er das Vertragsverhältnis gekündigt hätte. Denn diese Bestimmung setzt voraus, dass der Schaden infolge der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstanden ist. Der dem B erwachsene Schaden ist jedoch infolge der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung entstanden und kann daher nur nach den Bestimmungen ersetzt verlangt werden, die die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit regeln.

4.) Auch auf Grund der von Palandt-Danckelmann zitierten Entscheidung RGZ 89, 400 kann ich zu keinem anderen Ergebnis kommen. Sie spricht weder ausdrücklich aus, dass der

Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung durch den Anspruch auf Schadensersatz bei schuldhafter Veranlassung der Kündigung ersetzt werde, noch kann dies aus ihr gefolgert werden. Vielmehr hat das RG in der zitierten Entscheidung, die die Auflösung einer Gesellschaft betraf, lediglich das festgestellt, was für Arbeitsverträge schon im Gesetz (§ 628 Abs. II BGB) geregelt ist, dass es nämlich allgemeinen Rechtsgrundsätzen (§ 276 BGB) entspreche, "dass derjenige Gesellschafter, der durch sein schuldhaftes vertragswidriges Verhalten zur Kündigung Anlass gegeben hat, dem anderen Gesellschafter denjenigen Schaden ersetzen muss, der diesem durch die erst infolge seiner Kündigung herbeigeführte vorzeitige Endigung des Gesellschaftsverhältnisses entsteht."

Insoweit ist der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ohnehin nicht gegeben. Hieraus folgt aber nicht, dass in solchen Fällen, in denen es zu einer Kündigung nicht kommt, weil der vertragstreue Vertragspartner am Verträge festhalten will oder die Vertragsverletzung keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellt, der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht geltend gemacht werden kann, wenn seine Voraussetzungen vorliegen.

5.) Anders als für das Rücktrittsrecht besteht für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch ein Bedürfnis des Verkehrs. Denn es wird nicht selten vorkommen, dass der an sich zur Kündigung berechtigte Vertragspartner von diesem Recht keinen Gebrauch machen, andererseits aber Ersatz des ihm entstandenen Schadens fordern möchte, den er nicht nach § 628 Abs. II BGB verlangen kann. Zwar könnte der Arbeitgeber, läge in dem oben erörterten Beispiel Verzug und nicht Unmöglichkeit vor, seinen Schaden sowohl bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Kündigung als auch bei Nichtauflösung auch nach § 286 Abs. I

BGB als Verzugsschaden ersetzt verlangen, ohne dass es des § 326 BGB bedürfte.

Anders jedoch bei Unmöglichwerden der Arbeitsleistung. Hier könnte der Arbeitgeber den durch die Unmöglichkeit entstandenen Schaden, wenn man einmal davon ausgeht, dass § 325 BGB keine Anwendung findet, nur nach § 280 BGB ersetzt verlangen. Da diese Vorschrift indes als einzige Rechtsfolge den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kennt, fragt es sich, ob insoweit ein Unterschied zwischen dem Anspruch nach § 280 BGB und demjenigen nach §§ 325, 326 BGB besteht. Diese Frage ist m.E. zu verneinen. Denn Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Gläubiger, solange er ein Interesse an der noch möglichen Teilerfüllung hat, sowohl nach § 280 BGB als auch nach §§ 325, 326 BGB nur hinsichtlich des unmöglich gewordenen bzw. verzögerten Teils der Leistung verlangen, während er im übrigen an den Vertrag gebunden bleibt.¹⁾ Dabei spielt es keine Rolle, welcher Theorie man folgt, auch wenn § 280 BGB nur das Interesse an der Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners meint, während nach der Differenztheorie bei den §§ 325, 326 BGB das Vertragsinteresse verlangt werden kann. Denn auch das Vertragsinteresse kann nur für die Dauer der Unmöglichkeit verlangt werden (Umkehrschluss aus § 325 Abs. I Satz 2 BGB). Es ist nicht etwa so, dass das ganze künftige Arbeitsverhältnis durch einen Geldanspruch ersetzt wird. Besteht zwischen dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach § 280 BGB und demjenigen nach § 325 BGB aber kein wesentlicher Unterschied, so kann man bei Feststellung der Unanwendbarkeit des § 325 BGB nicht gleichzeitig § 280 BGB Anwendung finden lassen.

Will man in dem oben erörterten Fall also nicht zu dem unbilligen Ergebnis kommen, dass der Arbeitgeber seinen Scha-

1) Vgl. Larenz I S. 191 und 202; Enneccerus-Lehmann § 49 I; Palandt-Danckelmann § 325, 7 b.

den gar nicht ersetzt verlangen kann, so muss man ihm den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäss § 325 BGB zusprechen.

Den Arbeitsvertragsparteien stehen daher bei Unmöglichkeit, Verzug und schuldhafter Schlechterfüllung, sofern diese gleichzeitig einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB darstellen, grundsätzlich zwei Rechte zur Wahl: Sie können entweder fristlos kündigen und den durch die Auflösung des Arbeitsvertrags entstehenden Schaden ersetzt verlangen - und zwar analog auch in den Fällen, in denen nicht nach § 626 BGB, sondern nach Spezialgesetzen wie z.B. nach der GewO. fristlos gekündigt wird - , oder unter den Voraussetzungen der §§ 325, 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Bei Verzug des anderen Vertragsteils haben sie ausserdem das Recht, neben der Vertragserfüllung gemäss § 286 Abs. I BGB nur den Verzögerungsschaden ersetzt zu verlangen.

6.) Zum Schluss sei hier noch eine Besonderheit erwähnt, die nur für gewerbliche Arbeitnehmer gilt. § 124 b in Verbindung mit §§ 133 e, 134 Abs. I S. 2 GewO. bestimmt, dass der Arbeitgeber von den dort genannten Beschäftigten (den gewerblichen Angestellten und solchen gewerblichen Arbeitern, die in Betrieben mit weniger als 20 Arbeitern beschäftigt werden) für den Tag des verschuldeten,¹⁾ rechtswidrigen Vertragsbruchs und jeden folgenden Tag der vertragsmässigen oder gesetzlichen Arbeitszeit, bis zu höchstens einer Woche als Entschädigung den Betrag des ortsüblichen Tagelohnes ohne Nachweis eines Schadens verlangen kann. Dasselbe Recht steht den gewerblichen Arbeitnehmern gegen den Arbeitgeber zu, wenn sie von diesem vor der rechtmässigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses entlassen worden sind. Hierdurch wird der Anspruch auf jeden weiteren

1) Vgl. LAG Stuttgart in ARS 29, 177.

Schadensersatz aber ausgeschlossen.¹⁾

Sofern von diesem Recht Gebrauch gemacht wird, kann also - und das ist hier von Interesse - auch kein Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 BGB mehr verlangt werden.

§ 12. Nachträgliche, vom Arbeitnehmer zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung.

Bei vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung stehen dem Gläubiger grundsätzlich drei Rechte wahlweise zur Verfügung:

Er kann

- a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags verlangen oder
- b) vom Vertrag zurücktreten oder
- c) die Rechte aus § 323 BGB geltend machen: also entweder Befreiung von der Pflicht zur Gegenleistung bei vollständiger und ihre Minderung bei teilweiser Unmöglichkeit verlangen oder die nichtgeschuldete, aber bereits bewirkte eigene Leistung nach den Vorschriften einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern oder nach § 281 BGB Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

Von diesen drei Rechten können die Arbeitsvertragsparteien - wie wir im § 11 gesehen haben - das unter b) genannte Rücktrittsrecht nicht geltend machen. Stattdessen haben sie ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde. In allen den Fällen, in denen die Unmöglichkeit aber keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellt, können sie nur zwischen den unter a) und c) erwähnten Rechten wäh-

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 205/6; Nikisch I S. 246; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 143.

len. Daher muss hier noch einiges über diese gesagt werden.

I.

Für den Anspruch des Arbeitgebers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ergeben sich aus der eigenartigen Natur des Arbeitsverhältnisses keine Besonderheiten.

1.) Der dem Arbeitgeber zu ersetzende Schaden kann sowohl darin bestehen, dass er Aufwendungen machen musste, um eine Ersatzkraft zu finden, als auch darin, dass er dieser einen höheren Lohn zahlen muss als dem Arbeitnehmer. Da der Arbeitgeber aber für die nicht geleistete Arbeit keinen Lohn zu bezahlen braucht,¹⁾ muss er sich den hierdurch ersparten Betrag bei der Berechnung des Schadens anrechnen lassen.²⁾

In diesem Zusammenhang können allerdings insofern Bedenken auftauchen, als § 325 Abs. I S. 3 BGB die Rechte des § 323 BGB "statt des Anspruchs auf Schadensersatz oder des Rücktrittsrechts", also nicht neben diesen gibt, was an sich zur Folge hätte, dass der Arbeitgeber die Minderung des Lohnes nicht verlangen könnte, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt.³⁾ Beim Arbeitsvertrag bedeutet das jedoch nicht, dass der Arbeitgeber diese Rechte nur alternativ geltend machen kann. Vielmehr ist durch das Gesetz nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber, welcher Ersatz für den ihm aus der Unmöglichkeit erwachsenen Schaden fordert, hiervon die ersparte Vergütung in Abzug bringt. - Zu diesem Ergebnis gelangt man auch bei Anwendung der für die Schadensberechnung, wenn auch nicht ausschliesslich, so doch wahlweise geltenden Differenztheorie, die im Arbeits-

1) Vgl. Kaskel-Dersch S. 163.

2) Vgl. Oertmann S. 130; Schnorr von Carolsfeld S. 223; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611, 140, 253.

3) Vgl. Lotmar II S. 104, 187.

recht nur deshalb keine grosse Bedeutung hat, weil sich der Wert der Arbeitsleistung im allgemeinen nach der Höhe des Lohnes richtet,¹⁾ so dass eine Wertdifferenz in aller Regel nicht vorkommt. - Im übrigen kann der Arbeitgeber auch neben der Kündigung Lohnminderung verlangen, was sich schon aus § 628 Abs. I BGB ergibt.

Hat der Arbeitgeber dagegen im Einzelfall ein Interesse daran, die ihm obliegende Leistung trotz der bereits eingetretenen Unmöglichkeit der Gegenleistung zu erbringen, wenn der Lohn z.B. teilweise in Naturalien besteht, so kann er sie auch jetzt noch bewirken und für die nicht erbrachte Leistung des Arbeitnehmers Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Geld verlangen. Er ist nicht etwa verpflichtet, seine Leistung zu behalten und ihren Wert bei der Berechnung des Schadens in Abzug zu bringen.

2.) Ist die Arbeitsleistung nur teilweise unmöglich geworden, was im Arbeitsrecht ja gleichbedeutend mit "zeitweise" ist, etwa weil der Arbeitnehmer statt, wie vereinbart, am 1.9. erst am 1.10. seine Arbeit aufnimmt oder vom 1.8. bis zum 20.8. ihm nicht zustehenden Urlaub nimmt, so beschränken sich die Wirkungen der Unmöglichkeit an sich auf den unmöglich gewordenen Teil.²⁾ Der Arbeitgeber kann daher nur für diesen Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen.

Hat der Arbeitgeber an der teilweisen Erfüllung aber kein Interesse, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Massgabe des § 280 Abs. II BGB in Verbindung mit den für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften verlangen. Ein solcher Wegfall des Interesses wird häufiger vorkommen, wenn die Leistung noch zu keinem Teil erbracht ist, der Arbeitnehmer

1) A.A. Lotmar II S. 155, der meint, für den Streit zwischen Differenz- und Austauschtheorie sei hier kein Raum, weil keine Gegenleistungspflicht aufkomme.

2) Vgl. RGZ 73, 61/2.

also verspätet entritt, als wenn der Arbeitgeber sie schon zu einem Teil erhalten hat, der Arbeitnehmer also z.B. vorzeitig ausscheidet. Denn eine begonnene Arbeit kann in der Regel von einer Ersatzkraft fortgeführt und vollendet werden. - Nur wenn das ausnahmsweise nicht der Fall ist oder wenn der Arbeitgeber eine Ersatzkraft annehmen musste, die er nur für die ganze Dauer der Vertragszeit erhalten konnte, so dass er für den nachträglich antretenden Arbeitnehmer keine Verwendung mehr hat, kann der Arbeitgeber unter Ablehnung des noch möglichen Teils der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Obwohl, wenn der Arbeitgeber einen Teil der Leistung empfangen hat und nunmehr die Verhinderung eintritt, kein "noch möglicher Teil der Leistung" vorhanden ist, den er ablehnen könnte - den bereits empfangenen kann er nicht mehr ablehnen - , kann der Arbeitgeber ersetzt verlangen, was ihn die nutzlos gewordene, von ihm doch empfangene Arbeit an Lohn und Aufwendungen gekostet hat.¹⁾

II.

Der Arbeitgeber kann sich selbstverständlich darauf beschränken, für die nicht geleistete Arbeit lediglich den Lohn zu verweigern bzw. die eigene, bereits vor Eintritt der Unmöglichkeit bewirkte Leistung zurückzufordern. Das wird er aber in aller Regel nicht tun, und sein Wahlrecht ist damit auch nicht erschöpft. Vielmehr kann er - wie wir oben gesehen haben - daneben auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder fristlos kündigen.

Für das unter c) genannte Recht, nach § 281 BGB Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs zu verlangen, kann auf die Ausführungen zu § 8 unter V verwiesen werden. Es hat

1) Vgl. Lotmar II S. 184.

im Arbeitsvertragsrecht keine Bedeutung.

III.

Nach § 325 Abs. II BGB stehen dem Arbeitgeber die Rechte aus Abs. I auch in dem Fall des § 283 BGB zu, wenn nicht die Leistung bis zum Ablauf der Frist bewirkt wird oder wenn sie zu dieser Zeit teilweise nicht bewirkt ist.

§ 283 BGB ist zwar grundsätzlich bei allen Schuldverhältnissen anwendbar, spielt aber für den Arbeitsvertrag keine Rolle. Der Sinn dieser Bestimmung liegt darin, dem Gläubiger für eine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter der Voraussetzung, dass der Schuldner rechtskräftig verurteilt ist und der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist gesetzt hat, die Beweislast für die Unmöglichkeit der Gegenleistung zu erleichtern bzw. abzunehmen, indem es nach fruchtlosem Ablauf der Frist so angesehen wird, als ob die Unmöglichkeit eingetreten wäre (Fiktion).

Soweit der Arbeitnehmer die ihm obliegende Leistung nicht erbringt, wird diese unmöglich, sofern sie nicht nachgeholt werden kann. Beweisschwierigkeiten können hier kaum auftreten. Allenfalls kann ein Streit darüber entstehen, ob die Leistung nachholbar ist oder nicht, ob also Verzug oder Unmöglichkeit vorliegt. Hier könnte der Arbeitgeber dann unter den Voraussetzungen des § 325 Abs. II in Verbindung mit § 283 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ohne das eine oder andere beweisen zu müssen. Da die Rechtsfolgen von Unmöglichkeit und Verzug aber im wesentlichen dieselben sind, würden auch hier keine Bedenken bestehen, diese Frage im Schadensersatzprozess dahingestellt sein zu lassen, wenn der Arbeitgeber eine angemessene Nachfrist für die Bewirkung der Leistung gesetzt oder den Fortfall seines Interesses an der Leistung nachgewiesen hat. Das gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer noch nicht zur Arbeitsleistung verurteilt ist.

§ 13. Nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Lohnzahlung.

I.

Da der Lohn grundsätzlich als Geldlohn geschuldet wird, kann eine objektive Unmöglichkeit der Leistung des Arbeitgebers in der Regel nicht eintreten. Das nachträglich eintretende subjektive Unvermögen, das nach § 275 Abs. II BGB der objektiven Unmöglichkeit gleichsteht, hat der Arbeitgeber aber immer zu vertreten, da Geldschulden Gattungsschulden sind (§ 279 BGB).¹⁾ Auf seine Zahlungsunfähigkeit kann er sich selbst dann nicht berufen, wenn ihm ein Verschulden daran nicht zur Last fällt. Erst recht gilt § 279 BGB bei echten Gattungsschulden - die Vergütung besteht z.B. teilweise in der Leistung von Kohlen oder Kartoffeln²⁾ - , solange die Leistung aus der Gattung noch objektiv möglich ist.

In der Regel kann § 323 BGB bei Unmöglichwerden der Lohnzahlung daher keine Anwendung finden. Tritt dennoch auf Seiten des Arbeitgebers ausnahmsweise eine von keiner Seite zu vertretende teilweise Unmöglichkeit der Lohnzahlung ein, z.B. weil die ganze Gattung ohne Verschulden der Vertragsparteien untergeht, so wird der Arbeitnehmer an sich nach § 323 Abs. I BGB ebenfalls von seiner Leistungspflicht teilweise befreit. Da er aber meistens vorleistungspflichtig ist, wird es nicht selten vorkommen, dass er seine Leistung schon bewirkt hat, wenn die des Arbeitgebers unmöglich wird. In diesem Fall findet § 323 Abs. III BGB in Verbindung mit den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung Anwen-

1) Vgl. Schnorr von Carolsfeld S. 224.

2) Für gewerbliche Arbeiter und Bergarbeiter gelten die §§ 115 - 118, 154 a GewO., wonach der Lohn immer bar ausgezahlt werden muss, wenn Geldlohn vereinbart ist. Durch § 115 Abs. I GewO. wird die Vereinbarung einer Naturalvergütung aber nicht ausgeschlossen. Vgl. hierzu Hueck-Nipperdey I S. 325.

dung. Danach muss der Arbeitgeber, da die Herausgabe der Arbeitsleistung unmöglich ist, ihren Wert ersetzen (§ 818 Abs. II BGB), d.h. den Lohn in vollem Umfang als Geldlohn zahlen.

Hierzu ist der Arbeitgeber auf Grund seiner Fürsorgepflicht m.E. auch dann verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer es vorzieht, statt von dem Recht des § 323 Abs. I BGB Gebrauch zu machen, seine Leistung in vollem Umfang zu bewirken, um keinen Lohnausfall zu erleiden.

II.

Ist der Arbeitnehmer mit der Annahme des Lohnes in Verzug und wird dem Arbeitgeber nunmehr die Lohnzahlung infolge eines beiderseits nicht zu vertretenden Umstands unmöglich, der durch den Annahmeverzug verursacht ist, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 324 Abs. II BGB). Doch findet § 324 Abs. II BGB wegen § 279 BGB bei Gattungsschulden erst dann Anwendung, wenn sie zur Stückschuld geworden sind, wenn also inzwischen eine Konkretisierung erfolgt ist, die zum Eintritt des Annahmeverzugs selbst noch nicht unbedingt erforderlich ist (vgl. § 295 BGB). Diese Fälle haben indes im Arbeitsrecht kaum praktische Bedeutung.

III.

Auch eine vom Arbeitnehmer zu vertretende objektive Unmöglichkeit, den Lohn zu zahlen, ist nicht denkbar, soweit der Lohn - wie in der Regel - reiner Geldlohn ist. Ebenso wird es praktisch kaum vorkommen, dass ein Arbeitnehmer das subjektive Unvermögen des Arbeitgebers zur Lohnzahlung zu vertreten hat, solange die Vergütung in Form von Geld geschuldet wird.

Besteht der Lohn aber nicht nur in Geld, sondern auch in

Naturalien aus einem bestimmten Vorrat (beschränkte Gattungsschuld) und hat der Arbeitnehmer dessen Untergang zu vertreten, oder ist durch Aussonderung des Lohnes aus der Gattungsschuld eine Stückschuld geworden und wird die Naturalleistung des Arbeitgebers nunmehr infolge eines vom Arbeitnehmer zu vertretenden Umstandes unmöglich, so wird der Arbeitgeber insoweit von seiner Leistung frei (§ 275 BGB). Er behält aber nach § 324 Abs. I BGB den Anspruch auf die Gegenleistung. Der Arbeitnehmer muss also die Arbeit leisten, ohne die Vergütung dafür zu erhalten. Gegen dieses Ergebnis hat Schnorr von Carolsfeld¹⁾ Bedenken erhoben. Er meint, es lasse sich nicht mit den Grundsätzen unseres Arbeitsrechts über die freie Verfügung über einen Mindestarbeitsverdienst, wie er vor allem in den Pfändungsgrenzen und in der Unverzichtbarkeit des Tariflohns zum Ausdruck komme, vereinbaren. Die Lage müsse daher so behandelt werden, dass der Mindestlohn für derartige Arbeiten, wie sie hier geschuldet sind, erhalten bleibe unter Anwendung der Kürzungen nach den Grundsätzen zulässiger Aufrechnung. Sonst käme das reine Ergebnis des § 324 Abs. I BGB der Tragung des Schadensersatzes durch Aufrechnung mit der Schadenssumme gleich.

Diese Bedenken Schnorr von Carolsfeld's kann ich nicht teilen. Denn der Grundsatz der freien Verfügung über einen Mindestlohn muss dort seine Grenzen haben, wo der Arbeitnehmer die Leistung der Vergütung selbst durch sein Verschulden unmöglich macht. Erhält der Arbeitnehmer in solchen Fällen nicht einmal den gesetzlichen Mindestlohn, so hat er sich das selbst zuzuschreiben. Jedenfalls kann man nicht dem Arbeitgeber zumuten, statt der unmöglich gewordenen Naturalleistungen Geldlohn zu zahlen, und zwar auch nicht lediglich in der Höhe, dass dem Arbeitnehmer der un-

1) Vgl. S. 224 unter b).

pfändbare Teil des Lohnes erhalten bleibt. Denn das liefe praktisch darauf hinaus, dass der Arbeitgeber zunächst wenigstens für die vom Arbeitnehmer schuldhaft unmöglich gemachte Lohnzahlung Schadensersatz leisten müsste. Dass die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers aber nicht so weit gehen kann, ist m.E. selbstverständlich. Die §§ 275, 324 Abs. I BGB sind daher auch hier uneingeschränkt anwendbar.

IV.

Wird es dem Arbeitgeber aus einem von ihm zu vertretenden Grunde unmöglich, den Lohn zu zahlen, so stehen dem Arbeitnehmer, genauso wie dem Arbeitgeber, die in § 12 dargestellten Rechte des § 325 BGB wahlweise zur Verfügung. Im wesentlichen kann daher auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. Ergänzend sei nur hinzugefügt, dass auch für den Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers die allgemeinen Grundsätze gelten. Da letzterer fast immer vorleistungspflichtig ist und daher seine Leistung vielfach schon erbracht hat, wenn er von der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, wird der Schaden des Arbeitnehmers in erster Linie den Betrag der noch ausstehenden Gegenleistung umfassen. Daneben kann er aber auch Ersatz des Schadens verlangen, der ihm mittelbar durch die Nichtzahlung des Lohnes entstanden ist,

Hat der Arbeitnehmer trotz der schon eingetretenen Unmöglichkeit der Lohnzahlung ein Interesse daran, seine Leistung zu erbringen, etwa weil er statt der unmöglich gewordenen Naturalleistung Geldersatz haben möchte, so hat er genauso wie der Arbeitgeber in derartigen Fällen das Recht, die Arbeit zu leisten und in Höhe des unmöglich gewordenen Teils des Lohnes Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

§ 14. Leistungsverzug der Arbeitsvertragsparteien.

Nach § 326 BGB hat der Gläubiger bei Leistungsverzug des Schuldners - wenn man § 286 Abs. I BGB hier ausser Betracht lässt - zwei Rechte: Entweder kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

Hiervon können die Arbeitsvertragsparteien nur das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen,¹⁾ während das Rücktrittsrecht durch das Recht zur fristlosen Kündigung ausgeschlossen ist. Da diese aber einen wichtigen Grund voraussetzt, berechtigt der Verzug des Arbeitnehmers den Arbeitgeber nur dann zur fristlosen Entlassung, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Im übrigen kann er lediglich Schadensersatz verlangen, und zwar neben der Erfüllung nach § 286 Abs. I BGB oder wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. Auch das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann aber im Einzelfall wegen Geringfügigkeit des Teils, mit dem der Arbeitnehmer in Verzug geraten ist, ausgeschlossen sein (§ 242 BGB).²⁾ Hierzu folgendes Beispiel:

Der Arbeitnehmer A kommt eines Morgens zwei Stunden zu spät zur Arbeit, weil er vorher persönliche Besorgungen erledigt hat. Da seine Arbeit durch Einlegung von Überstunden nachholbar ist, ist er durch sein Zuspätkommen in Leistungsverzug geraten. Hier kann der Arbeitgeber zwar neben der Erfüllung den ihm durch den Verzug entstandenen Schaden nach § 286 Abs. I BGB ersetzt verlangen. Er hat aber bei einmaligem Verzug noch nicht das

1) A.A. Citron-Hessel S. 28: Die Bestimmungen wegen säumiger oder schlechter Leistung gemäss § 326 BGB seien beim Arbeitsvertrag gänzlich ausgeschaltet.

2) Vgl. RGZ 76, 152/3 für das Rücktrittsrecht wegen Verzugs.

Recht, den Arbeitnehmer fristlos zu entlassen.

Entsprechendes gilt für den Verzug des Arbeitgebers mit der Lohnzahlung.

Da die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs, soweit sie in § 326 BGB geregelt sind, bereits in § 11 und § 12 - die dortigen Ausführungen über das Schadensersatzrecht wegen Nichterfüllung treffen auch hier zu - erörtert worden sind, braucht hier nur noch auf ihre Voraussetzungen, abgesehen vom Verzuge, eingegangen zu werden.

I.

Dazu möchte ich von folgendem Beispiel ausgehen:

A ist trotz wiederholter Ermahnungen aus einem von ihm zu vertretenden Grunde wiederum einige Stunden zu spät zur Arbeit erschienen. Da diese nachgeholt werden kann, ist er in Teilverzug gekommen. Obwohl wiederholtes Zuspätkommen in der Regel einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB darstellt, und der Arbeitgeber B daher an sich zur fristlosen Entlassung berechtigt wäre, möchte er diese noch nicht aussprechen, da er im Augenblick keine Ersatzkraft hat. Stattdessen verlangt er Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

§ 326 BGB spricht zwar nur vom Verzuge mit der Leistung, ist aber, wenn teilweise erfüllt ist, auch auf die noch ausstehende Teilleistung anzuwenden, weil diese dann die geschuldete Leistung ist. Die Rechte, die das Gesetz für den Verzug hinsichtlich der ganzen Leistung gibt, gelten daher auch für den Verzug hinsichtlich eines Teils derselben. Daraus folgt, dass B dem A unter Ablehnungsandrohung eine Nachfrist bestimmen kann, innerhalb welcher er die Arbeit nachholen muss, wenn er nicht Gefahr laufen will, dass B von ihm Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Weigert sich A ohne Grund, die Arbeit nachzuholen, so kann B nach erfolglosem Ablauf der Frist Schadens-

ersatz wegen Nichterfüllung der verzögerten Leistung verlangen. Da seine Verpflichtung zur Gegenleistung nach der sogenannten Differenztheorie entfällt, muss er hiervon den ersparten Lohn in Abzug bringen. Der Anspruch auf Erfüllung ist dann ausgeschlossen: Es kann also nicht mehr die ausgebliebene Leistung, wohl aber, wenn das Arbeitsverhältnis fort dauert, fernere Arbeit verlangt werden.

II.

Besteht an der Erfüllung des Vertrags, soweit es sich um die verzögerte Arbeitsleistung handelt, "infolge des Verzugs" für den Arbeitgeber kein Interesse mehr, so kann er auch ohne Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der verzögerten Arbeitsleistung verlangen (§ 326 Abs. II BGB).¹⁾ Dafür genügt aber nicht, dass das Interesse des Arbeitgebers an der Leistung dadurch fortgefallen ist, dass er sich die durch den Arbeitnehmer vorenthaltene Arbeit von einem Dritten leisten lässt.²⁾ Lässt sich der Arbeitgeber aber die versäumte Arbeitsleistung durch einen anderen Arbeitnehmer nachholen, so bekundet er dadurch noch nicht, dass er an der Erfüllung des Vertrags ein Interesse habe. Denn der Mangel des Interesses an der Vertragserfüllung muss nicht, wie Lotmar³⁾ meint, auf dem Mangel des Interesses an der Leistung beruhen. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch den verschiedenen Sprachgebrauch der §§ 280 und 326 BGB zum Ausdruck bringen wollen, dass Interessenwegfall an der Erfüllung des Vertrags trotz Interesses an der Leistung gegeben sein kann.⁴⁾

Fälle, in denen die Erfüllung des gesamten Vertrags infolge

1) Vgl. Schnorr von Carolsfeld S. 330.

2) Vgl. Lotmar II S. 152.

3) Vgl. Lotmar II S. 153.

4) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 53 III 1 a.

des Teilverzugs für den Arbeitgeber kein Interesse mehr hat, sind im Arbeitsrecht sehr selten. Immerhin können sie vorkommen. Fällt der Verzug des Arbeitnehmers beispielsweise nicht an den Anfang, sondern in den Verlauf der Erfüllung des Arbeitsvertrags, so ist es möglich, dass das Interesse des Arbeitgebers durch den Verzug nicht bloss an der noch zu leistenden, verzugsweise unterlassenen, sondern auch an der bereits geleisteten Arbeit fortgefallen ist.¹⁾ Was er für diese an Lohn gezahlt und etwa an Stoffen aufgewendet hat, ist dann umsonst geschehen. Hierdurch vergrössert sich der Schaden, der dem Arbeitgeber durch das Unterbleiben der Arbeit entstanden ist, so dass er für diesen unter entsprechender Anwendung der §§ 326 Abs. II mit Abs. I S. 3, 325 Abs. I S. 2 BGB ebenfalls Schadensersatz verlangen kann.²⁾

III.

Für den Leistungsverzug des Arbeitgebers gilt nichts Besonderes. Zu erwähnen ist aber, dass § 124 Abs. I Ziff. 4 GewO. in solchen Fällen für seinen Bereich ausdrücklich ein sofortiges Kündigungsrecht gewährt. Auch ausserhalb seiner Geltungssphäre stellt Verzug des Arbeitgebers bei der Lohnzahlung häufig einen wichtigen Grund im Sinne des Kündigungsrechts dar.³⁾

Bei kurzfristigen Verzögerungen kann der Arbeitnehmer aber nur den ihm durch den Verzug entstandenen Schaden nach § 286 Abs. I BGB ersetzt verlangen. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung spielt hier keine Rolle, solange der Lohn reiner Geldlohn ist.

1) Wie infolge der Kündigung kann es auch infolge des Verzugs geschehen, dass die "bisherigen Leistungen" des Arbeitnehmers "für den anderen Teil kein Interesse haben" § 628 BGB.

2) Vgl. Lotmar II S. 154; Enneccerus-Lehmann § 52 III 2 c.

3) Vgl. Sigel S. 70; Schnorr von Carolsfeld S. 224 a.E.

Als Ergebnis der Untersuchungen kann zusammenfassend festgestellt werden, dass das eigenartige Wesen des Arbeitsverhältnisses der Anwendbarkeit der §§ 320 - 327 BGB im Arbeitsvertragsrecht grundsätzlich nicht entgegensteht. Wenn dieser Grundsatz im einzelnen auch Einschränkungen erfährt, so sind diese doch nicht so wesentlich, dass man deshalb die §§ 320 ff. BGB für den Arbeitsvertrag insgesamt ablehnen müsste. Vielmehr dürfte sich die Richtigkeit der eingangs aufgestellten These ergeben haben, dass stets von der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB auszugehen ist, selbst wenn das Arbeitsverhältnis in einzelnen Beziehungen Abweichungen erfordert.

Lebenslauf

Als Tochter des Rechtsanwalts und Notars Dr. Ludwig Schoetzau und der Rechtsanwältin und Notarin Dr. Eva Schoetzau wurde ich am 13. Dezember 1935 in Hagen geboren. Im Herbst 1942 kam ich in Hagen in die Volksschule, die ich bis zum 15. Juli 1943 besuchte. Da 1943 alle Schulen geschlossen wurden, erhielt ich Privatunterricht. Nach Beendigung des Krieges bestand ich Ostern 1946 die Aufnahmeprüfung am Hagener Lyzeum (heute Ricarda-Huch-Schule), das ich bis Ende 1947 besuchte. Auf Grund einer Prüfung wurde ich im Januar 1948 in die Quarta des humanistischen Gymnasiums (Albrecht-Dürer-Gymnasium) in Hagen aufgenommen. Am 4. März 1954 bestand ich die Reifeprüfung.

Im Sommer 1954 begann ich das juristische Studium an der Universität Bonn. Im Wintersemester 1954/55 wechselte ich nach München über, wo ich 6 Semester studierte. Nach Beendigung des Sommersemesters 1957 meldete ich mich zur 1. juristischen Staatsprüfung, die ich am 16.1.1958 bestand. Am 2. Juni 1958 wurde ich zur Referendarin ernannt.

